

Findet die Vorschrift des § 50 Abs. 2 StGB  
auch auf das eigenständige Delikt  
(delictum sui generis) Anwendung?

von

JÜRGEN OESTERHELT



F i n d e t   d i e   V o r s c h r i f t  
d e s   § 50   A b s . 2   S t G B   a u c h  
a u f   d a s   e i g e n s t ä n d i g e  
D e l i k t   ( d e l i c t u m   s u i  
g e n e r i s )   A n w e n d u n g ?

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig - Maximilians - Universität  
zu München



vorgelegt von  
Jürgen Oesterhelt

Referent: Prof. Dr. Reinhart Maurach

Correferent: Prof. Dr. Karl Engisch

Mündliche Prüfung: 21. Juli 1959.

# Inhaltsübersicht

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Inhaltsverzeichnis .....                                                                                                       | III |
| Literaturverzeichnis .....                                                                                                     | VI  |
| Abkürzungsverzeichnis .....                                                                                                    | XI  |
| <br>I. Teil Zum Begriffe des delictum sui generis ...                                                                          | 1   |
| <br>II. Teil Findet § 50 Abs. 2 soweit die (akzessorische) Teilnahme i.e.S. betreffend auf delicta sui generis Anwendung ..... | 27  |
| <br>1. Abschnitt                                                                                                               |     |
| Stand der Streitfrage .....                                                                                                    | 27  |
| I. Kap. Rechtsprechung .....                                                                                                   | 28  |
| II. Kap. Rechtswissenschaft .....                                                                                              | 36  |
| <br>2. Abschnitt                                                                                                               |     |
| Eigene Lösung .....                                                                                                            | 58  |
| I. Kap. Erörterung des Problems .....                                                                                          | 58  |
| II. Kap. Kritik der Gegenstimmen .....                                                                                         | 105 |
| III. Kap. Ergebnis, Ausblick de lege ferenda .....                                                                             | 112 |
| <br>III. Teil Ist § 50 Abs. 2 im Rahmen der Themafrage auch für die Mittäterschaft von Bedeutung                               | 116 |

## Inhaltsverzeichnis

|              |                                                                                                                         |    |
|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Teil      | Zum Begriffe des delictum sui generis                                                                                   | 1  |
| 1.           | Zur Terminologie .....                                                                                                  | 2  |
| 2.           | Die inhaltsbestimmenden Merkmale des delictum sui generis .....                                                         | 5  |
| 3.           | Zur Kritik an dem Begriffe .....                                                                                        | 13 |
| a)           | Seine Grundlagen .....                                                                                                  | 15 |
| b)           | Folgerungen .....                                                                                                       | 15 |
| c)           | Die praktische Bedeutung des Begriffes                                                                                  | 19 |
| d)           | Was der Kritik zugrunde liegt .....                                                                                     | 21 |
| e)           | Zusammenfassung und Ergebnis .....                                                                                      | 26 |
| II. Teil     | Findet § 50 Abs. 2 soweit die (akzes-<br>sorische) Teilnahme i.e.S. betreffend<br>auf delicta sui generis Anwendung ... | 27 |
| 1. Abschnitt |                                                                                                                         |    |
|              | Stand der Streitfrage .....                                                                                             | 27 |
| I. Kap.      | Rechtsprechung .....                                                                                                    | 28 |
| 1.           | Rechtsprechung zu § 217 .....                                                                                           | 28 |
| 2.           | Rechtsprechung zu §§ 211/212 .....                                                                                      | 32 |
| II. Kap.     | Rechtswissenschaft .....                                                                                                | 36 |
| 1.           | Vertreter der Ansicht, § 50 Abs. 2 sei<br>auch auf delicta sui generis anwendbar                                        | 36 |
| 2.           | Vertreter der Ansicht, § 50 Abs. 2 sei<br>auf delicta sui generis nicht anwend-<br>bar .....                            | 45 |

## 2. Abschnitt

|          |                                                                                                                                                                                        |     |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|          | Eigene Lösung .....                                                                                                                                                                    | 58  |
| I. Kap.  | Erörterung des Problems .....                                                                                                                                                          | 58  |
| 1.       | Läßt sich ein historisches Argument be-<br>gründen .....                                                                                                                               | 59  |
| a)       | Zur historischen Methode, Allgemeines                                                                                                                                                  | 59  |
| b)       | Erörterung .....                                                                                                                                                                       | 60  |
| 2.       | Erfordert die Anwendung des § 50 Abs. 2,<br>daß die betreffenden Tatbestände nach<br>Hinwegdenken der persönlichen Merkmale<br>in ihrer äußeren Formulierung überein-<br>stimmen ..... | 67  |
| 3.       | Kann sich aus der dogmatischen Funktion<br>des § 50 Abs. 2 ein Argument gegen seine<br>Anwendbarkeit auf delicta sui generis er-<br>geben .....                                        | 71  |
| 4.       | Argumente aus Wortlaut und Zweck des<br>§ 50 Abs. 2 .....                                                                                                                              | 81  |
| a)       | Nur persönliche Merkmale bewirken eine<br>Auflockerung der Akzessorietät .....                                                                                                         | 81  |
| b)       | Nur persönliche Merkmale, die die Strafe<br>schärfen, mildern oder ausschließen, be-<br>wirken eine Auflockerung der Akzessorie-<br>tät .....                                          | 87  |
| 5.       | Argumente aus dem mit Schaffung eines<br>delictum sui generis verfolgten Zweck                                                                                                         | 97  |
| a)       | Mit einem delictum sui generis soll ein<br>neuer einheitlicher Tattypus geschaffen<br>werden .....                                                                                     | 97  |
| b)       | Durch ein delictum sui generis soll ein<br>bestimmter Unrechtsbereich einer abschlie-<br>ßenden Sonderregelung unterzogen werden                                                       | 102 |
| II. Kap. | Kritik der Gegenstimmen .....                                                                                                                                                          | 105 |
| 1.       | Allgemeines .....                                                                                                                                                                      | 105 |
| 2.       | Die Entscheidung "der Sache nach" und das<br>Argument des Formalismus .....                                                                                                            | 106 |

|                                                                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a) Was dem in Wahrheit zugrunde liegt .....                                                                                                                        | 106 |
| b) Belege dafür .....                                                                                                                                              | 108 |
| c) Zusammenfassung und Ergebnis .....                                                                                                                              | 111 |
| III. Kap. Ergebnis, Ausblick de lege ferenda .....                                                                                                                 | 112 |
| 1. Ergebnis .....                                                                                                                                                  | 112 |
| 2. Ausblick de lege ferenda .....                                                                                                                                  | 113 |
| I. Teil Ist § 50 Abs. 2 im Rahmen der Themafrage<br>auch für die Mittäterschaft von Bedeutung                                                                      | 116 |
| 1. Zur Fragestellung .....                                                                                                                                         | 116 |
| 2. Ist Mittäterschaft möglich, wenn das Han-<br>deln mehrere Mittäter verschiedene Straf-<br>gesetze verletzt, die als delicta sui<br>generis anzusehen sind ..... | 117 |
| 3. Trifft § 50 Abs. 2 auch eine Regelung für<br>die Mittäterschaft .....                                                                                           | 123 |
| 4. Zusammenfassung und Ergebnis .....                                                                                                                              | 130 |

---

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- B e l i n g ..... "Die Lehre vom Verbrechen", 1906  
(Tübingen)
- B e r n e r ..... "Lehrbuch des deutschen Strafrechts",  
18.Aufl., 1898 (Leipzig)
- B i n d i n g ..... "Lehrbuch des Gemeinen deutschen  
Strafrechts", 1.Band, 2.Aufl., 1902  
(Leipzig)
- ..... "Grundriß des Deutschen Strafrechts,  
Allgemeiner Teil", 7.Aufl., 1907  
(Leipzig)
- ..... "Strafrechtliche und strafprozessuale  
Abhandlungen", 1.Band, Strafrecht,  
1915 (München-Leipzig)
- B i n t e r ..... "Die mittelbare Täterschaft im Straf-  
recht", DJ 1944, S. 85 ff.
- B i r k m e y e r ..... "Teilnahme am Verbrechen", VDA AT  
Band 2, S.1 ff.
- B ü l l ..... "Der Einfluß persönlicher Eigenschaf-  
ten und Verhältnisse auf Täterschaft  
und Theilnahme", Dissertation, 1903  
(Rostock)
- C l a ß ..... "Zum Verhältnis des § 211 zu § 50  
StGB", NJW 1949, S.83 ff.
- D a h m ..... "Täterschaft und Teilnahme im Amtli-  
chen Entwurf eines Allgemeinen Deut-  
schen Strafgesetzbuches", StrAbh.  
Heft 224
- ..... "Über das Verhältnis von Täterschaft  
und Teilnahme", NJW 1949, S.809 ff.
- D o h n a z u ..... "Die gesetzliche Strafzumessung", Mo-  
natsschr.f.Kriminalbiologie und Straf-  
rechtsreform 1943, S.139 ff.
- D o e r r ..... "Der Einfluss persönlicher Eigenschaf-  
ten und Verhältnisse auf Täterschaft  
und Teilnahme", Seuff.Bl. Bd.71, S.342  
ff.

- E c k s t e i n ..... "Die Unterscheidungen innerhalb vorsätzlicher Tötungsdelikte", Seuff.Bl. Bd.76, S.750 ff.
- E i c h h o r n ..... "Die Amtsunterschlagung, ein delictum sui generis?", Dissertation, 1950 (München)
- E n t w ü r f e ..... "Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung", 1909 (Berlin)
- "Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung", 1925 (Berlin)
- "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs", Begründung, 1927 (Berlin)
- "Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs", nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung (abgeschlossen im Dezember 1956), nebst Begründung, 1958 (Bonn)
- F r a n k ..... "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", Kommentar, 18.Aufl., 1931, mit Nachtrag von Schäfer-Dohnany 1936 (Tübingen)
- F r i e d l ä n d e r .... "Der Mundraub", ZStW Bd.11, S.369 ff.
- G a l l a s ..... "Täterschaft und Teilnahme", Materialien, S.121 ff.
- Bemerkung zu Nagler, Kriegsstrafrecht, 1940, Stuttgart, in ZStW Bd.61, S.185 ff.
- H a r d w i g ..... "§ 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuchs", GA 1954, S.65 ff.
- "Zur Systematik der Tötungsdelikte", GA 1954, S.254 ff.
- H e i l ..... "Delicta sui generis", Dissertation, 1951 (Heidelberg)
- H e i n i t z ..... "Gedanken über Täter-und Teilnehmer-schuld im Deutschen und Italienischen Strafrecht", Festschr.d.Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41.Juristentag, S.93 ff. (Berlin, 1955)
- H i l l e b r a n d t .... "Delictum sui generis oder Verbrechens-fall", Dissertation, 1955 (Köln)

- J e s c h e c k ..... "Die Rechtsprechung des Bundesgerichts-  
hofs in Strafsachen", Entscheidungen  
zum Besonderen Teil, GA 1955, S.97 ff.
- K e r n ..... "Grade der Rechtswidrigkeit", ZStW Bd.  
64, S.255 ff.
- K o h l r a u s c h ..... "Täterschuld und Teilnehmerschuld",  
Festschr.f.Bumke, S.39 ff. (1939)  
Bemerkung zu RG in ZAkDR 1939, S.244 f.  
dort S.245 f.
- K o h l r a u s c h -  
L a n g e ..... "Strafgesetzbuch mit Erläuterung und  
Nebengesetzen", 35.Aufl., 1940, 37.Aufl.  
1941, 38.Aufl., 1944; 39./40.Aufl.,  
1950, fortgeführt von Lange, 41.Aufl.,  
1956 (Berlin)
- K r u g A. O. .... "Commentar zu dem Strafgesetzbuche für  
das Königreich Sachsen", 1855 (Leipzig)
- K r u g P. .... "Die besonderen Umstände der Teilnehmer",  
StrAbh. Heft 24.
- L a n g e ..... "Die Schuld des Teilnehmers, insbesonde-  
re bei Tötungs- und Wirtschaftsverbre-  
chen", JR 1949, S.165 ff.  
"Die notwendige Teilnahme", 1940 (Ber-  
lin)
- L e i p z i g e r -  
K o m m e n t a r ..... "Reichsstrafgesetzbuch", begründet von  
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 8.Aufl.,  
1957/58, bearbeitet von Jagusch, Mezger,  
Schäfer und Werner (Berlin)
- L i s z t v. .... "Lehrbuch des deutschen Strafrechts",  
25.Aufl., 1927 (Berlin-Leipzig)  
"Verbrechen und Vergehen wider das Le-  
ben", VDA BT Band 5, S.1 ff.
- L ü h e v. d. .... "Probleme um § 50 StGB", Dissertation,  
1940 (Hamburg)
- M a t e r i a l i e n .... "Materialien zum Strafgesetzbuch für  
den Norddeutschen Bund", Band I,II,III,  
1869 (Berlin)  
"Materialien zur Strafrechtsreform",  
Band I, Gutachten der Strafrechtslehrer,  
1954 (Bonn)
- M a u r a c h ..... "Deutsches Strafrecht", Allgemeiner Teil,  
1.Aufl., 1954, 2.Aufl., 1958 (Karlsruhe)

- Maurach** ..... "Deutsches Strafrecht", Besonderer Teil, 1.Aufl., 1953, 2.Aufl., 1956 (Karlsruhe)  
 "Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda", Materialien, S.249 ff.
- Mayer H.** ..... "Strafrecht", Allgemeiner Teil, 1953 (Stuttgart-Köln)
- Mezger** ..... "Strafrecht, Ein Lehrbuch", 2.Aufl., 1933 (München-Leipzig), 3. unveränderte Aufl., 1949 (München-Berlin).  
 "Deutsches Strafrecht, Ein Grundriß", 3.Aufl., 1943 (Berlin)  
 "Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch", 8.Aufl., 1958 (München-Berlin)  
 "Strafrecht II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch", 6.Aufl., 1958 (München-Berlin)  
 Anmerkung zu RG in DR 1940, S.495 f., dort S.496 f.  
 "Die Teilnahmelehre in der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.März 1943", DStrR 1943, S.116 ff.
- Nagler** ..... "Die Struktur des § 4 der Verordnung gegen Volksschädlinge", ZAkDR 1940, S.219 ff.  
 "Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation", ZAkDR 1940, S.365 ff.  
 "Herausgehobenes oder eigenständiges Verbrechen", ZAkDR 1940, S.383 ff.  
 "Der 'selbständige Straftatbestand' des § 4 der Volksschädlinge VO", ZAkDR 1942, S.195 ff. und S.228 ff.
- Oetker v.** ..... "Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfrage", GS Bd.64, S.56 ff.
- Olshausen v.** .... "Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 10.Aufl., 1916; 11. Aufl., 1927, fortgeführt von Freiesleben, Gutjahr, Kirchner, Niehammer; 12.Aufl., bis § 247, 1942 (Berlin)

|                         |                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| O p p e n h o f f ..... | "Deutsches Strafgesetzbuch", Kommentar, 11. Aufl., 1888 (Berlin)                                                                                                                 |
| R e d s l o b .....     | "Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern", StrAbh. Heft 97                                                              |
| R i c h t e r .....     | "Zum Begriff des 'delictum sui generis'" Dissertation, 1956 (München)                                                                                                            |
| R i e t z s c h .....   | "Willensstrafrecht, Versuch, Teilnahme, Zur Strafrechtsangleichungs-Verordnung", DJ 1943, S.309 ff.                                                                              |
| S a u e r .....         | "Allgemeine Strafrechtslehre", 3.Aufl., 1955 (Berlin)                                                                                                                            |
| S a x .....             | "Der Grundtatbestand bei den Tötungsdelikten und beim Delikt der Abtreibung" ZStW Bd.64, S.393 ff.                                                                               |
| S c h ä f e r .....     | "Strafänderungsfälle als delictum sui generis", Dissertation, 1935 (Frankfurt)                                                                                                   |
| S c h ö n k e .....     | "Strafgesetzbuch, Kommentar", 6.Aufl., 1952; 7.Aufl., 1954 fortgeführt von Schröder (Schönke-Schröder), 8.Aufl., 1957, 9.Aufl., 1959 (München-Berlin)                            |
| S c h m i d t Eb. ....  | "Zum Verhältnis der §§ 211 ff. zu § 50 StGB", DRZ 1949, S.272 ff.<br>Anmerkung zu OGHbz in SJZ 1949, Sp.347 ff., dort Sp.559 ff.                                                 |
| S c h n e i d e r ..... | "Begriffsjurisprudenz im Strafrecht", NJW 1954, S.1637                                                                                                                           |
| S c h r ö d e r .....   | "Der Aufbau der Tötungsdelikte", SJZ 1950, Sp.560 ff.<br>"Teilnahmeprobleme bei der Abtreibung", MDR 1949, S. 391 ff.<br>"Zur Teilnahme an Tötungsdelikten", NJW 1952, S.649 ff. |
| S c h ü t z e .....     | "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 2.Aufl., 1874 (Leipzig)                                                                                                                    |
| S c h w a r t z .....   | "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", Kommentar, 1914 (Berlin)                                                                                                           |

|                     |                                                                                                                      |
|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| S c h w a r z ..... | "Strafgesetzbuch", Kurzkomentar, 21. Aufl., 1958                                                                     |
| S i g l o c h ..... | "Der Sondertatbestand (delictum sui generis)", Dissertation, 1953 (Tübingen)                                         |
| T h e i s .....     | "Das Merkmal der Böswilligkeit und die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse", SJZ 1946, S.213 ff.             |
| W e b e r v. ....   | "Grundriß des deutschen Strafrechts", 2.Aufl., 1948 (Bonn)<br>"Teilnahme an Mord und Totschlag", MDR 1952, S.265 ff. |
| W e l z e l .....   | "Das deutsche Strafrecht", 6.Aufl., 1958 (Berlin)<br>"Zur Systematik der Tötungsdelikte" JZ 1952, S.72 ff.           |

### A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

#### A. Zur Literatur

|                       |                                                                                                   |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Beling L.v.V. ....    | Beling, "Lehre vom Verbrechen"                                                                    |
| Berner Lb .....       | Berner, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts"                                                      |
| BGHSt .....           | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (nach Band und Seite) |
| Binding Abh. ....     | Binding, "Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen", 1.Band                              |
| Binding, Grundriß ... | Binding, "Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil", 7.Aufl.                          |
| Binding Lb I .....    | Binding, "Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts", 2.Aufl.                                   |
| Büll, Diss. ....      | Büll, Dissertation, wie angegeben                                                                 |
| DJ .....              | Zeitschrift "Deutsche Justiz" (nach Jahrgang und Seite)                                           |

|                       |                                                                                                                                                                                                       |
|-----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DRZ .....             | Deutsche Rechtszeitschrift (nach Jahrgang und Seite), ab 1.1.51 übergeleitet in die Juristen Zeitung                                                                                                  |
| DStR .....            | Zeitschrift "Deutsches Strafrecht" (nach Jahrgang und Seite)                                                                                                                                          |
| E I, E II, E III ...  | Entwürfe I, II (1869) und III (1870) zum Strafgesetzbuch f.d.Norddeutschen Bund                                                                                                                       |
| Eichhorn, Diss. ....  | Eichhorn, Dissertation, wie angegeben                                                                                                                                                                 |
| Entwurf .....         | "Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs", Bonn 1958                                                                                                                                     |
| Entwurf 1925 .....    | "Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung", 1925                                                                                                              |
| Entwurf 1927 .....    | "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs", 1927, mit Begründung                                                                                                                          |
| Frank StGB .....      | Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 18.Aufl.                                                                                                                                         |
| GA .....              | Goltdammers Archiv für Strafrecht (nach Jahrgang und Seite)                                                                                                                                           |
| GS .....              | Gerichtssaal (nach Band und Seite)                                                                                                                                                                    |
| Heil, Diss. ....      | Heil, Dissertation, wie angegeben                                                                                                                                                                     |
| Heinitz, Festschr. .. | Heinitz, "Gedanken über Täter- und Teilnehmer-schuld im Deutschen und Italienischen Strafrecht", Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Juristentag, Berlin 1955 |
| HEST .....            | Sammlung "Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen" (nach Band und Seite)                                                                                                                   |
| JR .....              | Juristische Rundschau (nach Jahrgang und Seite)                                                                                                                                                       |
| JW .....              | Juristische Wochenschrift (nach Jahrgang und Seite)                                                                                                                                                   |
| JZ .....              | Juristen Zeitung (nach Jahrgang und Seite)                                                                                                                                                            |
| Krug Comm. ....       | Krug A.O., "Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen", 1855                                                                                                                       |
| Kohlrausch-Lange ...  | "Strafgesetzbuch", 41.Aufl., frühere mit Angabe der Auflage                                                                                                                                           |
| Lange Teiln. ....     | Lange, "Die notwendige Teilnahme", 1940                                                                                                                                                               |
| Liszt Lb .....        | v.Liszt, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts" 25.Aufl., frühere mit Angabe der Auflage                                                                                                                |

|                      |                                                                                                                   |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LK .....             | "Reichsstrafgesetzbuch", Ebermayer u.a. (Leipziger Kommentar), 8.Aufl., frühere mit Angabe der Auflage            |
| Lühe v.d., Diss. ... | v.d.Lühe, Dissertation, wie angegeben                                                                             |
| Materialien .....    | Materialien zur Strafrechtsreform, Band I, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954                                  |
| Maurach, Allg.Teil . | Maurach, "Deutsches Strafrecht" Allgemeiner Teil, 2. Aufl.                                                        |
| Maurach, Bes.Teil. . | Maurach, "Deutsches Strafrecht", Besonderer Teil, 2. Aufl.                                                        |
| Mayer H.,Allg.Teil . | H.Mayer, "Strafrecht", Allgemeiner Teil, 1953                                                                     |
| MDR .....            | Monatsschrift für deutsches Recht (nach Jahrgang und Seite)                                                       |
| Mezger, Grundriß ... | Mezger, "Deutsches Strafrecht, Ein Grundriß", 3. Aufl.                                                            |
| Mezger Lb .....      | Mezger, "Strafrecht, Ein Lehrbuch", 1. und 3. (unveränderte) Aufl., zit. nach der 3. Aufl.                        |
| Mezger Stb I .....   | Mezger, "Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch", 8. Aufl., 1958                                         |
| Mezger Stb II .....  | Mezger, "Strafrecht II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch", 6.Aufl., 1958                                          |
| Motive I, II .....   | "Materialien zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund", Bände I und II                                      |
| NJW .....            | Neue Juristische Wochenschrift (nach Jahrgang und Seite)                                                          |
| OGHBZSt .....        | Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen (nach Band und Seite) |
| Olshausen .....      | v.Olshausen, "Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", mit Angabe der Auflage                       |
| Oppenhoff .....      | Oppenhoff "Deutsches Strafgesetzbuch", 11. Aufl.                                                                  |
| RGSt .....           | Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (nach Band und Seite)                      |
| Richter, Diss. ....  | Richter, Dissertation, wie angegeben                                                                              |
| Sauer AllgStrRL. ... | Sauer, "Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl.                                                                      |

|                        |                                                                                                                                         |
|------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Schäfer, Diss. ....    | Schäfer, Dissertation, wie angegeben.                                                                                                   |
| Schönke StGB .....     | Schönke, "Strafgesetzbuch", 6.Aufl. und frühere, mit Angabe der Auflage.                                                                |
| Schönke-Schröder ..... | "Strafgesetzbuch, Kommentar", 9.Aufl., frühere mit Angabe der Auflage                                                                   |
| Schütze Lb .....       | Schütze, "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 2.Aufl.                                                                                  |
| Seuff. Bl. ....        | Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (nach Band und Seite)                                                                             |
| SJZ .....              | Zeitschrift "Süddeutsche Juristenzeitung" (nach Jahrgang und Spalte)                                                                    |
| StrAbh. ....           | "Strafrechtliche Abhandlungen" (Heft und Seite)                                                                                         |
| VDA AT .....           | "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil", 6 Bände, 1908 (Berlin) (nach Band und Seite) |
| VDA BT .....           | "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil", 9 Bände, 1906 (Berlin) (nach Band und Seite)  |
| Weber v., Grundriß ... | v.Weber, "Grundriß des deutschen Strafrechts" 2. Aufl.                                                                                  |
| Welzel Lb .....        | Welzel, "Das deutsche Strafrecht", 6.Aufl. 1958                                                                                         |
| Vorentwurf .....       | "Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung", 1909                                                                  |
| ZAkDR .....            | Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (nach Jahrgang und Seite)                                                                  |
| ZStW .....             | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (nach Band und Seite)                                                               |

## B. Allgemein

|             |                    |
|-------------|--------------------|
| a.A. ....   | anderer Ansicht    |
| a.a.O. .... | am angeführten Ort |
| a.F. ....   | alte Fassung       |
| Anm. ....   | Anmerkung          |
| Art. ....   | Artikel            |

|                  |                                                                             |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| Bd. ....         | Band                                                                        |
| Bem. ....        | Bemerkung                                                                   |
| bestr. ....      | bestritten                                                                  |
| BGBI ....        | Bundesgesetzblatt                                                           |
| ff. ....         | folgende                                                                    |
| h.A. ....        | herrschende Ansicht                                                         |
| h.L. ....        | herrschende Lehre                                                           |
| h.M. ....        | herrschende Meinung                                                         |
| i.e.S. ....      | im engeren Sinn                                                             |
| i.w.S. ....      | im weiteren Sinn                                                            |
| m.E. ....        | meines Erachtens                                                            |
| m.W. ....        | meines Wissens                                                              |
| n.F. ....        | neue Fassung                                                                |
| Nr. ....         | Nummer                                                                      |
| RGBI ....        | Reichsgesetzblatt                                                           |
| sc., ....        | scilicet                                                                    |
| Sp. ....         | Spalte                                                                      |
| StGB, RStGB .... | Strafgesetzbuch                                                             |
| str. ....        | streitig                                                                    |
| u.a. ....        | unter anderem                                                               |
| u.s.f. ....      | und so fort                                                                 |
| vgl. ....        | vergleiche                                                                  |
| VO ....          | Verordnung                                                                  |
| z.B. ....        | zum Beispiel                                                                |
| § und §§ ....    | falls nicht näher bezeichnet: Paragraphen<br>des deutschen Strafgesetzbuchs |

---

## I. Teil

### ZUM BEGRIFFE DES DELICTUM SUI GENERIS

#### Vorbemerkung

Die Themafrage lautet dahin, ob die Vorschrift des § 50 Abs. 2 StGB auch auf das eigenständige Delikt (delictum sui generis, im folgenden abgekürzt: del. s.g.) Anwendung finde. Wesentlich für den Gang der Untersuchung werden also zwei Rechtsfiguren sein: die Vorschrift des § 50 Abs. 2 und der Begriff des del.s.g.. Was die Vorschrift des § 50 Abs. 2 anlangt, so ist ihre Fassung verschiedentlich als nicht glücklich bemängelt worden <sup>1)</sup>. Wie jede kodifizierte Norm bietet die Vorschrift jedoch einen Mindestbestand fester Rechtsregeln dar, der durch die wortwörtliche Formulierung gesichert ist. Was weiterhin an Streitfragen entsteht, ist Sache der Auslegung. Ganz anders verhält es sich mit dem Begriff des del.s.g.. Hierbei handelt es sich um einen im Gesetz nicht vorgefundenen Rechtsausdruck, der von der Rechtswissenschaft gebildet, allmählich präzisiert und mit festen Rechtsregeln verbunden wurde. Deren Bestand ist notwendigerweise weit weniger gesichert. So wird heute verschiedentlich geleugnet, daß der Begriff des del. s.g. wie aus ihm gezogenen Rechtsfolgen trage und der Begriff überhaupt für überflüssig erklärt <sup>2)</sup>. Es ist daher angebracht, ehe mit dem Begriff des del.s.g. operiert wird, vorab eine Klärung und kritische Untersuchung dieses Begriffes zu unternehmen. Von ihrem Ausgang wird es abhängen, ob und in welchem Umfange der Themafrage gegenüber Vorbehalte zu machen sind.

---

1) Vgl. Frank, StGB § 50 Anm. II 1, der über die "außerordentliche Unbestimmtheit der vom Gesetz gewählten Begriffe" klagt.

2) Vgl. die unten S. 21 Fußnote 2 Zitierten und näher dazu dort.

Hierzu muß vorausgeschickt werden, daß im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, die eine das del.s.g. betreffende spezielle Frage behandelt, selbstverständlich nicht eine erschöpfende Behandlung des Begriffes des del.s.g. geboten werden kann. Das muß den dazu berufenen gesonderten Darstellungen vorbehalten bleiben <sup>1)</sup>. An dieser Stelle soll lediglich der Begriff des del.s.g., wie er für das weitere zu Grunde gelegt werden wird, umrissen werden. Nur so können Mißverständnisse, die in bloßen Definitionsfragen ihre Ursache haben, vermieden werden. Dabei soll von dem Begriff in seiner heute allgemein verwendeten Bedeutung ausgegangen werden. In einem ersten Abschnitt soll die Terminologie geklärt, im folgenden der Begriffsinhalt bestimmt und schließlich in einem letzten Abschnitt zur Kritik an dem Begriffe Stellung genommen werden.

## 1. Zur Terminologie <sup>2)</sup>

Das "delictum sui generis" oder "eigenständige Delikt" wird auch bezeichnet als "eigenständiges Verbrechen". Diese Bezeichnung ist im Hinblick auf die Legaldefinition des Verbrechens (§ 1 Abs. 1 StGB) nicht empfehlenswert, da auch unzweifelhaft Vergehen eigenständigen Charakter haben können. Der umfassendere Begriff Delikt

---

1) Ich verweise auf die grundlegenden Ausführungen von Nagler in ZAKDR 1940, S. 219 ff., 365 ff., 393 ff., ZAKDR 1942, S. 195 ff., 228 ff., und in LK, 6. Aufl., Einleitung Anhang 3 II und auf Maurach in Materialien S. 249 ff. Vgl. ferner die früheren unbeachtet gebliebenen Monographien von Erwin Seligmann, "Delictum sui generis" und Karl Sauer mann, "Der Versuch als delictum sui generis", StrAbh. Heft 227, 1927, sowie die Dissertationen von Schäfer (1935), Heil (1951), Sigloch (1953), Hillebrandt (1955) und Richter (1956), alle wie oben S. VI ff. angegeben.

2) Ich verweise auf die Zusammenstellung bei Richter, Diss., S. 12 ff.

ist wohl vorzuziehen, wobei an dieser Stelle auch der äquivalente Begriff "Straftat" verwandt werden könnte. Gleichbedeutend und sinnvoll gebildet sind die weiterhin verwendeten Begriffe "arteigenes Delikt" und "selbstständiges Delikt". Zu vermeiden sind dagegen die Begriffe "Sonderdelikt", "Sonderverbrechen" und "Sonderstraftat". Hierunter werden gemeinhin Straftaten mit einem persönlich beschränkten Täterkreis verstanden. Die Frage, ob eine unselbständige Abwandlung eines Grundtatbestandes oder ein del.s.g. vorliegt, ist mit der Verwendung dieses Begriffes in aller Regel noch nicht angesprochen. Soll unter dem Begriff "Sonderdelikt" abweichend vom heute üblichen Sprachgebrauch auch das del.s.g. mit inbegriffen sein, so müßte dies jedenfalls in jedem einzelnen Falle klargestellt werden. Verwechslungen werden jedoch - wie die Erfahrung zeigt - selbst dann nicht auszuschalten sein <sup>1)</sup>. - Die gleichen Vorbehalte sind gegenüber dem Begriff "besonderes Delikt" wegen seiner an den Begriff "Sonderdelikt" anlautenden Art angebracht.

Die vielfach verwendeten Begriffe "eigenständiger Tatbestand" und "selbstständiger Tatbestand" <sup>2)</sup> entwerfen ein

- 
- 1) So ziehen Schröder, SJZ 1950, Sp. 568 und im Anschluß daran der BGH, Entsch. v. 19. Juni 1951, BGHSt Bd. 1, S. 235 ff. (S. 240) aus einer Vermengung der Begriffsinhalte letztlich die Konsequenz, für die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 spiele die Einordnung eines Deliktes als unselbständige tatbestandliche Abwandlung oder als del.s.g. keine Rolle, dazu unten S. 30 ff.
  - 2) Vgl. etwa Schönke-Schröder, § 248a Anm. I und LK-Jagusch, § 248a I. - Zutreffend bezeichnet dagegen noch LK-Nagler, 6./7. Aufl. § 248a in Anm. 1 als "neue eigenständige Deliktsform". Ausdrücklich und damit wenigstens unmißverständlich stellt Kohlrausch in Kohlrausch-Lange, 38. Aufl., Anhang Nr. 36 in Vorbem. II zur "VO gegen die Volksschädlinge" vom 5.9.1939 die verschiedenartigen termini nebeneinander: "Selbständige Straftatbestände .... also eigenständige, Sonderverbrechen, delicta sui generis".

falsches Bild und führen leicht zu einer Unschärfe des Begriffes. Von beiden vorzuziehen wäre immer noch der erstere <sup>1)</sup>. Beide jedoch fassen den Begriff des del.s.g., der richtig verstanden einer Frage nach der Deliktsnatur entspricht, in eine Formulierung, die durch die Aufnahme des Wortes "Tatbestand" die Annahme nahegelegt, es handle sich um eine Abgrenzung abgeschlossener Tatbestände von Strafänderungsbestimmungen ohne Tatbestandscharakter. In diesem Sinne verstehen denn auch tatsächlich Verschiedene den Begriff des "del.s.g." <sup>2)</sup>. Daß mit diesem Begriff für die vorliegende Untersuchung nichts anzufangen ist, versteht sich von selbst. Will man den Begriff des del.s.g. nicht seines wichtigsten Inhalts entleeren, so ist der Tatbestandscharakter neben dem Erfordernis eines arteigenen Unrechtsgehaltes Voraussetzung für die Annahme eines del.s.g. <sup>3)</sup>, nicht aber begründet die tatbestandliche Abgeschlossenheit einer Rechtsregel bereits deren Charakter als del.s.g.. Der

- 
- 1) Da zumindest im Worte "eigenständig" eine Abschichtung gegenüber artverschiedenen Delikten anklingt. Der zweite Terminus ist jedenfalls zu eng und vieldeutig. Auch § 243 ist gegenüber § 242 ein "selbständiger Tatbestand".
  - 2) Vgl. H. Mayer, Allg. Teil, S. 68, der unter dem Begriff des del.s.g., jede Qualifizierung oder Privilegierung mit eigenem Tatbestandscharakter begreift. Ebenso neben anderen deutlich von Oetker, GS Bd. 64, S. 189. In gefährliche Nähe dieser verkehrten Begriffsbestimmung rückt bei Behandlung der Themafrage v. Weber, MDR 1952, S. 265, wenn er meint, Mord und Totschlag seien zwar eigenständige Delikte und "in einem formalen Sinne selbständig", sachlich aber durchaus voneinander abhängig.

Daß hier der Grund manchen schwerwiegenden Mißverständnisses begraben liegt, wird später, vgl. unten S. 109, Gegenstand der Darstellung sein. Nur selten herrscht über den Begriff des del.s.g. und seinen Inhalt Klarheit.

- 3) Dazu weiter unten.

Sachverhalt tatbestandlicher Abgeschlossenheit läßt sich auch ohne Heranziehung des Begriffes "del.s.g." ausdrücken. Im folgenden sollen daher nur die beiden äquivalenten Begriffe "delictum sui generis" und "eigenständiges Delikt" verwendet werden.

## 2. Die inhaltsbestimmenden Merkmale des delictum sui generis

Das delictum sui generis ist ex definitione ein "arteigenes Delikt". Erste - selbstverständliche - Voraussetzung ist daher, daß das del.s.g., um überhaupt als solches bezeichnet werden zu können, tatbestandlich abgeschlossen formuliert ist, das heißt, es müssen die gesetzlichen Merkmale, an die die Straffolge geknüpft ist, im Wortlaut der Bestimmung abschließend aufgezählt sein. Nur damit hat die Strafdrohung des del.s.g. ihre dem Aufbau unseres Strafrechts entsprechende sichere Grundlage. Das ist meines Wissens nie bestritten worden. Es gibt gerade die vielerorts gebräuchliche, ungenaue - weil nicht erschöpfende - Bezeichnung "selbständiger Tatbestand" zur Kritik Anlaß.

Weiterhin ist zur besseren Abgrenzung folgende Einschränkung zu treffen: Das del.s.g. ist, wie sein Name sagt, ein Delikt. Das Wesen jedes Deliktes besteht - im allgemeinsten - darin, daß gewisse staatliche Sanktionen als Rechtsfolgen an ein bestimmtes tatbestandlich vertypptes Unrecht geknüpft sind. Es ist daher - wie mir scheint - in der Natur eines "arteigenen Delikts" begründet, daß es einen "arteigenen" Unrechtsgehalt aufweist, sich also qualitativ nicht nur quantitativ von bereits anderwärts tatbestandlich vertyppten Unrecht

unterscheidet 1) 2). In diesem Sinne führt Nagler zum

- 1) Darüber, daß die Frage des del.s.g. sich primär im Bereich der Unrechtstypisierung hält, herrscht m.W. kein Streit, vgl. Lange in Kohlrausch-Lange, 39./40. Aufl., § 216 Anm. I und 41. Aufl. an gleicher Stelle. Scheinbar abweichend Sauer AllgStrRL S. 77, der ein del.s.g. annehmen will, wenn "ein neuer Typ mit selbständigem materiellem Unrechts - oder auch nur Schuldgehalt" vorliegt, vom Boden seiner besonderen Schuldaufassung aus, vgl. AllgStrRL S. 143 ff. (148, 155 f.) und S. 228.
- 2) Daß auch "die Rechtswidrigkeit" einer Stufung unterliegt, ist m.E. zu Unrecht in Zweifel gezogen worden. Die Ursache dürfte in der mißverständlichen Ausdrucksweise liegen. An dem Satze, die Rechtswidrigkeit einer Handlung sei nicht steigerungsfähig ist richtig, daß eine Handlung nur rechtswidrig oder nichtrechtswidrig sein kann, folgt man dem durch das Wort selbst nahegelegten Sinn des Begriffes. Dagegen hat jede rechtswidrige, d.h. objektiv gegen Rechtsnormen verstoßende Handlung, einen bestimmten Unrechtsgehalt, der gegenüber einer anderen rechtswidrigen Handlung - je nach ihren besonderen Modalitäten - geringer, größer (- oder artverschieden) sein kann. Die Rechtswidrigkeit ist eine Kategorie des Ob, der Unrechtsgehalt eine Kategorie des Wie. Schwächeres und stärkeres Unrecht kann es auch zwischen Handlungen geben, die gegen ein und dieselbe Rechtsnorm verstoßen. Das Strafgesetz berücksichtigt dies bei der dem Richter für den konkreten Fall anheim gestellten Strafzumessung; die groben Markierungen in der Skala eines Unrechtsverhaltens bilden - soweit vorhanden - die Typen selbst und ihre Strafraumen, etwa die §§ 212, 211, 217. Kern, der diesen Fragen eine Abhandlung gewidmet hat - ZStW Bd. 64, S. 252 ff., dort S. 256 ff. auch weitere Nachweise - und "Grade der Rechtswidrigkeit" unterscheidet, muß daher wieder zwischen "strafbarer Rechtswidrigkeit" und nichtstrafbarer Rechtswidrigkeit unterscheiden, vgl. a.a.O., S. 283/284. Er begibt sich damit in die Gefahr, fragen zu müssen, ob eine rechtswidrige Handlung etwa im konkreten Fall n i c h t gegen eine Rechtsnorm verstößt, was - den Worten nach - eine contradictio in adiecto darstellt. Was er der Sache nach meint, ist richtig und steht in Übereinstimmung mit der eben getroffenen Unterscheidung.

Zu der weiteren Frage, daß Unrecht nicht nur der Stufung, sondern auch der Art nach verschieden sein kann, vgl. Gallas, GA 1954, S. 67, Dahm, NJW 1949, S. 811, Schröder, NJW 1952, S. 649 und Nagler weiter unten.

Begriff des del.s.g. aus <sup>1)</sup>, der neue Tatbestands- und Unrechtstypus trenne sich als "Verbrechenseinheit" von verwandten Erscheinungen und beschreibt an anderer Stelle <sup>2)</sup> die unselbständige tatbestandliche Abwandlung näher mit den Worten, ihr Unrechtsgehalt bleibe "artmäßig gleich", steigere sich aber "wertmäßig". Eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung liege vor, wenn die Gesetzgebung "einen Unrechtswert" als "dominant" behandle und nur bestimmte "Modalitäten der Handlung" hinzufüge - "gleichviel, ob in Ansehung des Tatsubjektes, des Tatobjekts, der Ausführungsart, der Zeit und des Ortes". In diesem Falle werde nichts "qualitativ Neues" geliefert, sondern nur eine Auszeichnung bestimmter Teile des Grunddelikts <sup>3)</sup>. Die unselbständige tatbestandliche Abwandlung erschöpfe sich in einer "Stufung der Strafbarkeit" entsprechend dem "bei gleichbleibender Unwertart veränderten Unrechtsgehalt", das heißt, entsprechend ihrer "Unwertstärke" <sup>4)</sup>. Dagegen werde der Gesetzgeber ein eigenständiges Verbrechen formulieren, wenn er das unter Strafdrohung zu stellende Verhalten "als eigentümlichen neuen Unwert" empfindet <sup>5)</sup>. Lange <sup>6)</sup> will richtig nur dann ein "delictum sui generis mit eigenen Regeln" annehmen, wenn eine "qualitative", nicht nur "quantitative" Änderung eines Grundtatbestandes vorliegt. Bei den unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen werde dagegen lediglich ein "Grundtatbestand durch Hinzufügung weiterer Tatbestandsmerkmale erweitert und danach milder oder strenger bestraft".

---

1) ZAkDR 1940, S. 365

2) ZAkDR 1940, S. 219

3) ZAkDR 1940, S. 366

4) Nagler a.a.O.

5) Nagler a.a.O.

6) In Kohlrausch-Lange, System, Vorbem.II G, S.9.

Die Darstellung zielt allerdings nicht immer so eindeutig auf das wesentliche Merkmal arteigenen Unrechtsgehalts, sondern gebraucht oft sehr plastische aber insoweit indifferenter Formulierungen. So spricht Nagler an anderer Stelle <sup>1)</sup> davon, das eigenständige Verbrechen bilde ein "Einheitsgefüge neuen Wertranges" und darum einen "neuen selbständigen Verbrechensbegriff mit eigenem Gehalt und rechtlichem Eigenleben", die Verbindung zu "wesensverwandten Verbrechenarten" sei bewußt preisgegeben <sup>2)</sup>. Maurach spricht davon, die zum Aufbau eines del.s.g. verwendeten Elemente seien zu einer "neuen in sich geschlossenen Einheit zusammengeschmolzen". <sup>3)</sup> Während die unselbständigen Abwandlungen den Grundtatbestand übernehmend diesen "in seiner Substanz" unberührt lassen, handle es sich bei einer eigenständigen Straftat um ein, wenn auch wesensverwandtes, "aliud". Als treffende Umschreibung des Begriffes des del.s.g. kann dagegen die Formulierung angesehen werden, mit der der BGH <sup>4)</sup> das Verhältnis der §§ 211/212 kennzeichnet, wenn er feststellt, es handle sich "um zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt, von denen jeder bestehen könnte, auch wenn es den anderen nicht gäbe" <sup>5)</sup>.

- 
- 1) LK, 6.Aufl., Einleitung, Anhang 3 II 1; "Grundsätzlich in Übereinstimmung" damit versteht Mezger in der 8. Aufl. am gleichen Orte unter Ziff. 3 unter einem del.s.g. eine "neue selbständige Straftat".
  - 2) ZAkDR 1940, S. 366
  - 3) Materialien S. 250 f. Darüber, daß in allen diesen Fällen "Grenzfälle" des del.s.g. angesprochen sind, vgl. unten.
  - 4) In seiner Entsch. v. 9.Nov.1951, BGHSt Bd.1, S.369 ff. (S.372) und später in Entsch. v.14.Okt.1954, BGHSt Bd.6, S.329 ff. (S.330)
  - 5) Inwieweit es zutreffend ist, in den §§ 211/212 delicta sui generis zu sehen, braucht hier nicht untersucht werden. Die ganz h.L. sieht in § 211 eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung des § 212, vgl. Maurach, Bes.Teil, § 2 II A, S.20 f.; dort auch näher zum Meinungsstand und Nachweise.

Daß der BGH hiermit einen a r t verschiedenen, qualitativ-eigenartigen Unrechtsgehalt und nicht lediglich einen verschiedenen quantitativ-gesteigerten und insoweit "selbständigen" Unrechtsgehalt meint, darf auf Grund des Zusatzes "von denen jeder bestehen könnte, auch wenn es den anderen nicht gäbe" wohl angenommen werden <sup>1)</sup>.

An dieser Stelle ist eine wichtige Abgrenzung zu treffen. Die Frage danach, ob ein Delikt einen arteigenen Unrechtsgehalt aufweist, ist nicht mit der Frage nach dem R e c h t s g u t , das hinter der Norm steht, zu verwechseln. Sind zwei verschiedene Delikte zum Schutze zweier verschiedener Rechtsgüter berufen, so ist notwendig auch der Unrechtsgehalt der beiden Delikte wegen der Verschiedenheit der Angriffsrichtung der Unrechtshandlung artverschieden <sup>2)</sup>. Die beiden Fragen sind jedoch dogmatisch streng auseinanderzuhalten <sup>3)</sup>. Trotz Gleichheit des zugrunde liegenden Rechtsguts

- 
- 1) Vgl. dagegen Kohlrausch, der zwar als wesentliche Komponenten des del.s.g. formelle tatbestandliche Abgeschlossenheit und einen selbständigen Unrechtsgehalt in den Vordergrund stellt und in Kohlrausch-Lange, 37. Aufl., Anhang Nr. 36, zu § 2 der VO gegen die Volksschädlinge in Anm. 1 ausführt, "nach hergebrachtem Sprachgebrauch" sei unter einem del.s.g. ein solcher Tatbestand zu verstehen, "der nicht nur einen selbständigen Unrechtsgehalt hat, sondern formell in sich geschlossen ist", aber wie die weiteren Ausführungen zeigen, auf einen artverschiedenen, qualitativ eigenartigen Unrechtsgehalt nicht abstellen will. Das hätte, bei diesem Punkte der Überlegung angelangt, gerade nahegelegen und entspricht auch der Sache nach den von Kohlrausch a.a.O. getroffenen Entscheidungen (§ 249 gegenüber § 242 del.s.g., dagegen § 243 Qualifizierung).
  - 2) So begründet Maurach, Bes.Teil, § 10 I, S.86 die Einstufung der Mißhandlung Abhängiger als del.s.g. damit, "daß § 223b rechtsgutmäßig aus dem Rahmen der Körperverletzung herausragt".
  - 3) So zutreffend Maurach, Allg.Teil, § 19 II C 2 a, S.179 und 1. Aufl. auch § 19 II A 4, S. 186.

kann der Unrechtsgehalt zweier Delikte durchaus art-verschieden sein. So wird niemand der fahrlässigen Tötung, die das gleiche Rechtsgut wie die vorsätzliche, nämlich das Leben, schützt, einen arteigenen typischen Unrechtsgehalt absprechen. Eine Ansicht, die *delicta sui generis* nur annimmt, wo das dem Delikt zugrundeliegende Rechtsgut eigener Art und Prägung ist, kann daher nicht richtig sein. Sie würde gerade Delikten, deren Eigenart auf der Hand liegt, begriffswidrigerweise das Prädikat "*s u i g e n e r i s*" nicht zusprechen können <sup>1)</sup>. Daraus, daß die §§ 211 und 212 zum Schutze des gleichen Rechtsguts berufen sind, wäre daher auch gegen die Annahme des BGH, es handle sich um Tatbestände mit arteigenem Unrechtsgehalt, kein Argument herzuleiten. In der Tat werden, wie der ganze Streit um die Rechtsnatur beider Delikte zeigt, ganz andere Begründungen vorgebracht <sup>2)</sup>.

*Delicta sui generis* sind sonach als in sich abgeschlossene Tatbestände mit arteigenem Unrechtsgehalt zu kennzeichnen. Dabei muß klargestellt werden, daß es sich hier zunächst um durch den Begriff selbst und seinen Wortsinn nahegelegte Einschränkungen handelt. Diese Begrenzung des Begriffes ist selbstverständlich nicht zwingend. Angesichts der heute noch in vieler Hinsicht verschwommenen Konturen des Begriffes wäre es jedenfalls denkbar, diesem einen anderen Inhalt zu geben. Das sollte aber dann im Interesse der Vermeidung von Mißverständnissen jeweils zu Beginn weiterer Erörterungen ausdrücklich ausgeführt werden. Es ist allerdings die hier - im Anschluß an die von der a.M. dem Begriff

---

1) Das ist insbesondere gegen Heil, Diss.S.47, zu sagen.

2) Nicht auf das Rechtsgut, sondern auf die Frage, ob zwei qualitativ-eigenartige Unrechtstypen oder aber zwei "graduell verschiedene Unrechtstypen der vorsätzlichen Tötung" - Welzel, JZ 1952, S.74 - vorliegen, wird abgestellt.

gegebene Bedeutung - vorgenommene Begrenzung m.E. die einzige, die einerseits nicht Gefahr läuft, den Begriff zur Bezeichnung des bloßen Tatbestandscharakters einer Bestimmung zu entwerten, andererseits aber auch vermeidet, den Begriff durch die zu enge Orientierung am Rechtsgut bedeutungslos zu machen. Davon, daß diese Begriffsbestimmung auch aus anderem Grunde gerechtfertigt ist, wird noch zu handeln sein.

Die weitere von der nach den inhaltlichen Voraussetzungen des del.s.g. zu trennende Frage <sup>1)</sup> ist die, wie erkannt werden kann, ob ein del.s.g. vorliegt, ob also einem Delikt insbesondere ein arteigener Unrechtsgehalt zukommt, oder ob es sich bei dem betreffenden "selbständigen Tatbestand" nur um eine rein quantitative Modifikation bereits vertypen Unrechts handelt. Dabei kann auf das von der Bestimmung geschützte Rechtsgut insoweit zurückgegriffen werden, als jedenfalls dann, wenn dieses arteigen ist, auch dem Delikt ein arteigener Unrechtsgehalt zukommen muß <sup>2)</sup>. Auch bei Kopplung zweier bereits anderwärts geschützter Rechtsgüter kann ein prima facie arteigener Unrechtsgehalt begründet werden <sup>3)</sup>. Ist ein neuer arteigener Unrechtsgehalt jedoch nicht auf den ersten

---

1) So deutlich auch Nagler, ZAkDR 1940 S.367, nach Klärung des Begriffes fortfahrend: "Die Anhaltspunkte für die mutmaßliche Selbständigkeits- oder Unselbständigkeitsauffassung ..."

2) Vgl. oben S. 9 und dort Fußnote 2 und Maurach a.a.O. zu § 223b.

3) Wie etwa ganz herrschend und ohne eigene Begründung der Raub gegenüber dem Diebstahl als del.s.g. betrachtet und dementsprechend nach eigenen Regeln behandelt wird. Eine eingehende historische Begründung schickt allerdings Mezger seiner Einstufung des Raubes als del.s.g. voraus, Stb II, S.137/138. Vgl. dagegen Binding Lb I, S.313 und Hardwig, GA 1954, S. 261: "Mag auch der Raub gegenüber dem Diebstahl ... eine gewisse Eigenständigkeit haben, so ist er der Sache nach doch ein durch die Begehungsweise qualifizierter Diebstahl".

Blick erkenntlich, so bedarf es zur Feststellung der Deliktsnatur weiterer Hilfsmittel. Die Wege, auf denen versucht wird, einzelne zu Zweifeln Anlaß gebende Deliktsformen unter den Begriff des del.s.g. zu subsumieren, sind vielfältig <sup>1)</sup>. Ein durchaus gangbarer Weg ist beispielsweise der Rückgriff auf die vom Gesetzgeber dem in Frage stehenden Delikt gegebene Stellung im Gesetz und dessen etwa eigenartige Bezeichnung oder tatbestandliche Formulierung. Es liegt bei einer deutlichen äußeren Abschichtung des Delikts von anderen artverwandten Typen die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber hier ein nach seiner Anschauung arteigenes Unrecht nicht den für andersartiges Unrecht geschaffenen Rechtsregeln unterstellen wollte <sup>2)</sup>. Einer Darstellung und kritischen Untersuchung dieser verschiedenen Fälle, in denen ein gegebenes Delikt unter den Begriff des del.s.g. subsumiert werden kann, bedarf es jedoch im Rahmen der vorliegenden Erörterung, - die sich lediglich um eine Präzisierung und Festigung des Ausgangspunktes bemüht -, nicht.

---

1) Vgl. hierzu den Überblick bei Richter, Diss., S.22 ff.

2) Vgl. etwa die Begründung - S.171 - zu § 336 im Entwurf 1927, der die Tatbestände des § 248 a und des § 370 Abs. 1 Ziff.5 vereinigen sollte: "Die Entwendung ist gegenüber dem Diebstahl ein Sonderdelikt. Der Entwurf bringt dies durch den neuen Namen und die Stelle zum Ausdruck, an der er den Tatbestand einordnet".

Auch beim "Mundraub" hätte es nahegelegen, darin ein eigenständiges Delikt zu sehen. Die Motive - Bd.II, S.151 - führen dazu aus: "Noch ist zu erwähnen, daß diese Entwendungen, selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, nur nach den Vorschriften dieses Paragraphen zu beurteilen sind und daß die Verfolgung nur auf Antrag eintreten soll". Anders die Rechtsprechung des RG, vgl. RGSt Bd.43, S.175 ff. (S.176) und Bd.51, S.65 ff. (S.69).

### 3. Zur Kritik an dem Begriffe

#### a) Seine Grundlagen

Was es bei der kritischen Untersuchung jedes Begriffes zu fragen gilt, ist, ob die verschiedenen Erscheinungsformen, die unter dem Begriff zusammengefaßt werden sollen, gemeinsame Merkmale in dem Maße aufweisen, daß sie den Begriff tragen, das heißt eine saubere Scheidung von außenbleibenden Erscheinungsformen erlauben. Würde ein gemeinsames Merkmal nicht gefunden werden können, oder würde das Merkmal, das gefunden werden kann, jedenfalls nicht ausreichen, um dem Begriff seinen abgegrenzten Bereich zu sichern, so wäre die Begriffsbildung selbst verfehlt. Der Begriff würde in Wahrheit eine Scheinexistenz führen und würde - fern der Frage seiner Praktikabilität - bereits denkgesetzlich einen Griff ins Leere darstellen.

Der Begriff des del.s.g. sagt nun in seiner allgerneinsten Bedeutung nichts weiter, als daß es ~~a r t -~~  
~~v e r s c h i e d e n e~~ Delikte gibt; er verleiht dem Delikt, auf das er angewandt wird, das Prädikat "sui generis", das heißt "eigener Art und Prägung" und schichtet es damit zugleich gegenüber den anderen Deliktstypen ab <sup>1)</sup>. Den Begriff pauschal für unsinnig

---

1) Richtig insoweit - von der negativen Seite her - bei Einschränkung des Begriffes Hardwig, GA 1954, S.258: Es könne der Begriff del.s.g. "auf keinen Fall den Sinn haben, daß mehrere artgleiche Delikte delicta sui generis sein können". Dieses "sui generis" bedeute gerade "den Ausschluß der Gleichartigkeit". Es ist Hardwig daher zuzugeben, daß im Rahmen der Tötungsdelikte ein "begriffswidriger Gebrauch" mit dem del.s.g. getrieben wird, vgl. dazu unten S.108 ff. Die weiteren Folgerungen, die Hardwig zieht, schießen dagegen über das Ziel hinaus. Vgl. weiter unten.

zu erklären ist jedenfalls solange ein fragwürdiges Unternehmen, als man sich nicht dieser allgemeinsten Bedeutung besinnt <sup>1)</sup>.

Läßt sich sonach durchaus sinnvoll sagen, der Raub stelle gegenüber dem Diebstahl ein eigenständiges Delikt dar <sup>2)</sup>, so läßt sich ebenso sinnvoll sagen, der Mord stelle gegenüber der Urkundenfälschung ein del.s.g. dar. Hier wird nur die praktische Bedeutung dieser Feststellung gering sein, da die allenfalls sich ergebenden Folgerungen evident sind. Letztlich ließe sich dasselbe auch von der Notentwendung gegenüber dem Diebstahl sagen, unter der Voraussetzung, daß man ihr einen arteigenen Charakter zuspricht <sup>3)</sup>. Wegen der vielen Ähnlichkeiten der beiden Delikte werden die praktischen Konsequenzen hier die größten sein. Alle drei Fälle unterscheiden sich in Art des sie verbindenden Merkmals jedoch nicht. Wohl dagegen kann von diesen Fällen die bloße unselbständige tatbestandliche Abwandlung - etwa - des § 243 abgeschichtet werden, da dieser keineswegs artverschieden gegenüber allen übrigen Deliktstatbeständen ist, sondern nur eine nähere Ausprägung eines Deliktstypus - des § 242 - darstellt. In allen drei erstgenannten Fällen kann

- 
- 1) Das wäre gegen Claß, NJW 1949, S. 84 zu sagen, der den Begriff des del.s.g. zu den "unerfreulichsten Gebilden des Strafrechts" zählt, und von ihm sagt, er verdanke sein Dasein "eher legislativ-technischen Zufälligkeiten (und Mängeln)". Darüber, daß hier wohl ein falscher Begriff des del.s.g. zugrundegelegt ist, vgl. auch unten S.108 ff.
  - 2) Für viele, Maurach, Bes.Teil, § 28 I B, S.217 f.
  - 3) Für Eigenständigkeit der Notentwendung, die heute wohl h.L., vgl. Maurach, Bes.Teil, § 26 VI S.202, LK - Jagusch, § 248a, Anm. 1, Schönke-Schröder, § 248a, Anm.I., letztere mit weiteren Nachweisungen

daher der Begriff des del.s.g. verwandt werden. Der Mord ist ebenso wie der Raub oder die Notentwendung ein "delictum sui generis" <sup>1)</sup>.

Sieht man den Begriff des del.s.g. in diesen nahe-  
liegenden Zusammenhängen, so ist jeder Versuch, das  
del.s.g. aus der Begriffswelt des Strafrechts zu eli-  
minieren, jedenfalls, was die vom Praktischen ganz ab-  
sehbare allgemeinste Bedeutung des Begriffes anlangt,  
ein fragwürdiges Unternehmen. Kein Scheingebilde, kein  
"Begriff um jeden Preis", sondern ein sinnvolles Pro-  
dukt unterscheidenden Denkens tritt uns entgegen <sup>2)</sup>.<sup>3)</sup>  
Das del.s.g. läßt sich als Begriff nicht abschaffen,  
solange es nur artverschiedene Delikte gibt, denn es  
dient gerade der Kennzeichnung ihrer Verschiedenheit  
und ist somit denkgesetzlich begründet und notwendig.

#### b) Folgerungen

Damit ist aber ein neues Licht auf das "Problem des  
del.s.g." geworfen, wie ich die verschiedenen Bemü-  
hungen, den Begriff zu rechtfertigen oder für unnütz  
zu erklären, nennen möchte. Dort wird sehr weitgehend  
übersehen, wo der Begriff seine Grundlagen hat. Das

- 
- 1) Deshalb im Ausgangspunkt richtig v. Weber, Grundriß,  
S. 35, der in allen "Verbrechentypen", "eigenstän-  
digen Verbrechen wie etwa Geldfälschung, Diebstahl,  
Raub, Ehebruch" delicta sui generis sieht. Kurz  
dazu Mezger Stb I, S. 271.
  - 2) Damit ist noch nichts über seine praktische Brauch-  
barkeit gesagt. Dazu weiter unten.
  - 3) Wie dies Gallas ZStW Bd. 61, S. 187/188, Richter, Diss.,  
S. 73 ff. (S. 75), Hardwig GA 1954, S. 161, und im prak-  
tischen Ergebnis wohl auch Claß a.a.O., wollen.

"Problem des del.s.g." ist in Wahrheit ein P r o b -  
l e m d e r G r e n z z i e h u n g . Es ist die  
oft schwierig zu entscheidende Frage, ob bereits oder  
noch ein del.s.g. vorliegt, ob der Grad an eigentypischer  
Prägung, den ein Delikt de lege lata hat, er-  
forderlich aber auch ausreichend ist, um es als "eigen-  
ständig", als endgültig von einem "Normaltatbestande" <sup>1)</sup>  
emanzipiert zu bezeichnen. Wo der Begriff des del.s.g.  
ausschließlich neben der unselbständigen tatbestand-  
lichen Abwandlung gesehen wird, wird ein Sonderfall  
für das Ganze genommen <sup>2)</sup>. Ein Randgebiet wird zum  
Kernbereich erklärt. Dieser Ausgangspunkt ist schief  
und muß den Blick für weitere Untersuchungen trüben.  
Dabei ist natürlich - um nicht mißverstanden zu werden -  
die Gegenüberstellung: del.s.g. - unselbständige tatbe-  
standliche Abwandlung in aller Regel veranlaßt, da  
hier die praktische Bedeutung des Begriffes del.s.g.  
liegt <sup>3)</sup>. Dagegen muß aber jeder Versuch einer Inhalts-  
bestimmung des Begriffes, und insbesondere jede Kritik,  
im Auge behalten, wo dieser seine Wurzeln hat: das  
"Problem des del.s.g." betrifft, genau genommen, nur  
seinen Grenzfall.

---

1) Ausdruck von Maurach, Allg. Teil, § 53 III B 2 a,  
S. 562.

2) Aus diesem Blickwinkel sah auch Nagler - einer der  
ersten, der Entscheidendes zur Präzisierung des Be-  
griffes beigetragen hat - das del.s.g., wie insbe-  
sondere aus LK, 6. Aufl., Einleitung, Anhang 3 II 1  
hervorgeht, wo Nagler zur Eigenständigkeit bemerkt:  
"Die rechtliche Lösung von verwandten Erscheinungen  
ist gerade deren Wesenskern". Es war dies - gerade  
bei Nagler - allerdings durch die überwiegend prakti-  
schen (und politischen!) Erfordernisse veranlaßt.  
Die Gegenüberstellung des del.s.g. und der tatbestand-  
lichen Abwandlung mußte mit aller Deutlichkeit er-  
folgen, um mit dem nötigen Nachdruck der Bildung  
eines "Sonderstrafrechts" durch die Volksschädlings-  
VO entgegenzuwirken. Vgl. Nagler in ZAkDR 1940, S. 219  
ff. und insbesondere S. 365 ff.

3) Vgl. unten S. 19 ff.

Damit wird aber auch das zunächst als isolierte Definitionsfrage behandelte Problem der Inhaltsbestimmung neu beleuchtet und die dort im Anschluß an die h.L. gefundenen Ergebnisse von anderer Warte aus bestätigt. Das Erfordernis eines arteigenen Unrechtsgehalts ergibt sich jetzt notwendig aus der Erkenntnis, daß mit dem del.s.g. nur ein Grenzfall der vielen anderen nicht bestreitbar arteigenen Delikte angesprochen ist <sup>1)</sup>. Diesen "isolierten" delicta sui generis <sup>2)</sup> gegenüber bedeutet das in einem gewissen "Verwandtschaftsverhältnis" stehende del.s.g. nichts begrifflich-qualitativ Verschiedenes. Beide Gruppen ordnen sich dem allgemeinen Begriff des delictum sui generis unter und müssen daher auch denselben begrifflichen und inhaltlichen Voraussetzungen genügen <sup>3)</sup>.

Wenn es daher auch richtig ist, daß die Unterscheidung zwischen Abwandlung und eigenständigem Delikt immer nur auf der Grundlage des positiven Rechts zu suchen ist <sup>4)</sup>, so ist doch damit die Entscheidung nicht ohne Rücksicht auf übergesetzliche Unterscheidungs-

- 
- 1) Davon, inwieweit auch diese Erkenntnis Grenzen unterliegt, wird unten noch zu handeln sein. Die Frage ist, inwieweit Tatbestände überhaupt ausschließlich unter dem Gesichtswinkel der Alternative: del.s.g. - unselbständige tatbestandliche Abwandlung gesehen werden dürfen.
  - 2) Wie sie unten S.90 genannt werden.
  - 3) Was die späteren Untersuchungen anlangt, so ist anzumerken, daß nur bei diesen "Grenzfällen" naturgemäß die Frage nach der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auftauchen kann, da nur sie ein "Verwandtschaftsverhältnis" zu einem "Normaltatbestande" aufweisen. Das "isolierte" del.s.g. interessiert im Rahmen der Themafrage daher nur am Rande.
  - 4) So Nagler, ZAkDR 1940, S.366, Maurach, Materialien, S. 250

merkmale zu treffen <sup>1)</sup>. Das denkgesetzlich begründete Kriterium des del.s.g. liegt in dem ihm zukommenden arteigenen Unrechtsgehalt. Gerade erst dieses Merkmal kann eine saubere Abgrenzung ermöglichen. So ist es dem Gesetzgeber sicher unbenommen, um einer unselbstständigen tatbestandlichen Abwandlung in einzelnen Punkten eine technisch selbständige Behandlung angedeihen zu lassen, Spezialregelungen hinsichtlich der mildernden Umstände, des Versuchs oder etwa des Strafantrags anzuordnen. Damit wird insoweit der tatbestandlichen Abwandlung die einheitliche Grundlage des Grundtatbestandes entzogen und Rückgriffe auf diesen sind insoweit ausgeschlossen <sup>2)</sup>. Damit wird aber das betreffende Delikt in seiner Gesamtheit kein del.s.g.. Hier die Fülle der Folgerungen, die sich "lediglich den Gesetzen der Rechtslogik unterworfen" aus der Annahme der Artverschiedenheit zweier Delikte ergeben <sup>3)</sup>, auf den betreffenden Tatbestand übertragen, wäre sachlich nicht gerechtfertigt <sup>4)</sup>. Es muß vielmehr die Herausnahme und Sonderregelung der einzelnen Punkte ein *I n d i z* dafür sein, daß ein arteigener Unrechtsbereich abgegrenzt werden sollte und Rückgriffe auch im übrigen ausgeschlossen sein sollten. So wurde

- 
- 1) Wohl nicht mit Rücksicht auf übergesetzlich-substanzielle Merkmale - Maurach, Materialien, S. 250 - aber mit Rücksicht auf übergesetzlich-formale Prinzipien, die Denkkategorien der Gleichartigkeit und Andersartigkeit.
  - 2) Daß vor derartigen Einzeleingriffen aber zu warnen ist, Maurach in Materialien, S. 252.
  - 3) Maurach a.a.O.
  - 4) H i e r ist die Kritik an einem sachlich nicht gerechtfertigten "Inversionsverfahren" - Richter, Diss. S. 73 f. - angebracht, wie überhaupt ein Großteil der Kritik am Begriff des del.s.g. zu Lasten falscher Einordnungen geht.

seinerzeit von der h.L. richtig auch zu § 217 a.F. trotz dessen Abs. 2 die Auffassung vertreten, es handle sich mit Rücksicht auf den gegenüber § 212 nur wertmäßig, nicht aber qualitativ-artmäßig veränderten Unrechtsgehalt um kein del.s.g.<sup>1)</sup>. Das positive Recht gibt die Grundlagen für die Einordnung eines Tatbestandes unter den Begriff des del.s.g. ab, insbesondere lassen sich hieraus Rückschlüsse auf den gesetzgeberischen Willen treffen, die Entscheidung für oder gegen die Annahme eines del.s.g. kann aber immer nur orientiert an dessen denkgesetzlich begründeten inhaltlichen Voraussetzungen getroffen werden.

### c) Die praktische Bedeutung des Begriffes

Mit der Feststellung der denkgesetzlichen Begründetheit und Notwendigkeit des Begriffes des del.s.g. war eine erste Frage beantwortet. Die weitere von der ersten zu trennende Frage ist, ob der Begriff auch praktisch ist und nicht lediglich eine andere Ausdrucksweise für begrifflich bereits geordnete, oder einer Ordnung nicht bedürftige (weil prima facie unterscheidbare) Sachverhalte darstellt.

In diesem Falle wäre er unnütz und überflüssig, eine "lebensfremde Abstraktion"<sup>2)</sup>, das Produkt eines Leerlaufes des systembildenden Rechtsdenkens. Es kommt, wie Hardwig<sup>3)</sup> insoweit richtig bemerkt, darauf an, daß einer Definition auch eine "systematische innere Bedeutung und Fruchtbarkeit innewohnt". Der

---

1) Über den damaligen Stand der Streitfrage ausführlich Maurach, Bes.Teil, 1. Aufl., § 2 IV C 4 und 5, S. 35 f.

2) Nagler, ZAkDR 1940, S. 365

3) GA 1954, S. 258, dort betreffend den "Grundtatbestand".

Begriff muß nicht nur richtig gebildet sein, sondern auch eine besondere, nur ihm zukommende "praktische" Aufgabe im Rechtsleben zu erfüllen haben.

Praktisch gerechtfertigt wird die Begriffsbildung, weil es de lege lata ä h n l i c h e Delikte gibt, bei denen die Frage auftaucht, ob es sich um ihrer Art und Prägung nach verschiedene Delikte oder um Abwandlungen ein- und desselben Deliktstypus<sup>1)</sup> handelt, und weil auch de lege ferenda der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit stehen wird, gewisse eigenartig empfundene Unrechtsbereiche trotz eines starken "Verwandtschaftsverhältnisses" zu bereits vertypen Unrechtsarten abzugrenzen und eigenen Regeln zu unterstellen. In diesen Grenzfällen führt die richtige Erkenntnis, zu deren Ermittlung die verschiedenartigsten Anhaltspunkte herangezogen werden können<sup>2)</sup>, dazu, eine Summe von Rechtsregeln anzuwenden<sup>3)</sup>. Diese Rechtsregeln folgen zwanglos anhand allgemeiner Denkgesetze und allgemeiner strafrechtlicher Lehren<sup>3)</sup> aus der Tatsache der Artverschiedenheit oder grundtatbestandlichen Verbundenheit der Tatbestände. In diesen Grenzfällen ist der Begriff des del.s.g. - mit einer letzten Einschränkung - unentbehrlich, da nur mit seiner Hilfe Ordnung in die vielfältigen Erscheinungsformen untereinander "verwandter" Tatbestände zu bringen ist.

---

1) Überblick hierzu, wie schon angegeben, bei Richter, Diss., S.22 ff.

2) Ich verweise auf die Zusammenstellung Maurachs in Materialien, S. 252 ff.

3) So auch Maurach, Materialien, S. 252.

d) Was der Kritik zugrunde liegt.

Eine letzte Frage, die von den vorausgegangenen zu trennen ist, ist die: Ist in Grenzfällen die Zuspitzung auf die Alternative: del.s.g. - tatbestandliche Abwandlung sachlich gerechtfertigt. Diese Frage wird sehr weitgehend mit einer Kritik am Begriffe des del.s.g. selbst verbunden <sup>1)</sup>, was nicht richtig ist, sofern man sich nur der allgemeinen Grundlage des Begriffes entsinnt. Unter der Kritik des Begriffes des del.s.g. verbirgt sich in Wahrheit meist die ganz andere Frage, ob es zweckmäßig ist, "Zwischenformen" anzuerkennen <sup>2)</sup>. Dazu ist zu sagen: Die Annahme eines

---

1) So bei Richter Diss., S.73 ff. (S.75), vgl. ferner Gallas ZStW Bd.61, S.187/188

2) So will Gallas a.a.O. den Begriff des del.s.g. eliminieren mit der Folge, daß dann die Folgerungen, die an die Alternative: tatbestandliche Abwandlung - del.s.g. geknüpft sind, "nicht mehr von der Einordnung unter ein abstraktes Schema ... sondern von sachlichen Gesichtspunkten, nämlich von dem Sinngehalt des jeweiligen Tatbestandes" abhängen würden. Schäfer Diss. S. 32 will den Begriff des del.s.g. fallen lassen und dafür im "Wege sorgfältiger Einzelauslegung" angemessenere Ergebnisse erzielen.

Richter Diss. S. 73/74 will an die Stelle der Subsumtion unter den "Kunstausdruck" des del.s.g. "die erforderliche Auslegungsarbeit am einzelnen Tatbestand" setzen. Entsprechend will Hardwig GA 1954, S. 261 "der Sache nach" entscheiden. Nicht einmal bei Raub sei es sachgerecht, diesen als del.s.g. zu bezeichnen. Ebenso Claß NJW 1949, S.84. Eb. Schmidt SJZ 1949, Sp.562, hält den Begriff des "selbständigen Verbrechens", worunter offensichtlich das del.s.g. zu verstehen ist, für "so wenig klar", daß er ihn "aus allen Erörterungen über die Teilnahme an Tötungsdelikten am liebsten ausgeschaltet sehen möchte". Mezger in LK Einleitung Anhang 3 II 3, will zwar am Begriff des del.s.g. grundsätzlich festhalten, führt jedoch aus, wie die "nähere Untersuchung der einschlägigen Fälle" gezeigt habe, sei nicht nur im einzelnen vieles umstritten, sondern der Begriff des del.s.g. selbst

schrittweisen Überganges von dem einen Delikt über dessen Abwandlungen zu immer "stärkeren" Abwandlungen und schließlich zum anderen nicht mehr gleichen Delikt scheint zunächst durch eine Fülle von Streitfragen, die sich um die einzelnen "Zwischenformen" ranken, gerechtfertigt. Auf diese "Zwischenformen" wären, wie auch vorgeschlagen wird <sup>1)</sup> die aus der Natur der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen bzw. des del.s.g. fließenden Konsequenzen nur insoweit anzuwenden, als sie "passen", das heißt - unter dem Gesichtspunkt dieser Alternative gesehen - sie werden in einer Beziehung so behandelt, als wären sie delicta sui generis, in anderer so, als wären sie unselbständige tatbestandliche Abwandlungen. Richtlinie für die teilweise Anwendung der Regeln dieser oder jener Art wäre die Nähe oder Ferne zur einen oder anderen Seite der "Kette" und auch die nur für den einzelnen Fall zu entscheidende Frage der Billigkeit.

Dagegen erheben sich jedoch Bedenken. Die Entscheidung "der Sache nach" je nach der besonderen Natur des einzelnen Tatbestandes treffen, heißt eine Vielzahl von Zwischenformen schaffen, auf die anerkannte Regeln ungewiß und kasuistisch angewandt werden. Dies dient der Rechtssicherheit keineswegs <sup>2)</sup>. Der Weg muß viel-

---

(Fortsetzung von S. 21:)

kein einheitlicher. Der Übergang zu ihm sei vielmehr ein "stufenweiser". "Wie weit die Verselbständigung jeweils geht, ist immer eine Auslegungsfrage des konkreten Falles."

- 1) Vgl. die in Fußnote 2 auf S. 21/22 eben Zitierten.
- 2) Vgl. LK - Mezger, § 50 Anm. 10, der für die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf das del.s.g. eintritt und dabei auf die Nähe zu einem Grundtatbestand im konkreten Falle abstellen will: "Damit ist die Grenzziehung freilich weitgehend Ermessensfrage und von vorneherein nicht scharf zu bestimmen" (!).

mehr ein anderer sein. Es ist, wie oben schon gesagt, durch das Bestehen einer vom Grunddelikt abweichenden Spezialregelung noch durchaus nicht die Annahme eines del.s.g. zwingend erfordert. Es wird sich in vielen Fällen um eine durch die Billigkeit veranlaßte Ausnahmeregelung handeln, die im übrigen aber die aus der Rechtsnatur der Vorschrift (Abwandlung oder del.s.g.) mit Notwendigkeit sich ergebenden Folgerungen unberührt läßt. So kann es "Zwischenformen" kraft positivrechtlicher Schöpfung geben, nur sollte ihre Herausbildung eben in Fällen, in denen die Billigkeit das erheischt, dem Gesetzgeber überlassen bleiben. In echten Notfällen werden Wissenschaft und Rechtsprechung ohnehin mit einer zugunsten des Täters zulässigen Analogie auskommen - wie im Falle des § 265a a.F. das Antragserfordernis des § 263 Abs. 5 herrschend übernommen wurde <sup>1)</sup> -, dies darf aber immer nur unter Aufrechterhaltung der "grundlegenden Unterscheidung" <sup>2)</sup> zwischen del.s.g. und tatbestandlicher Abwandlung erfolgen. Eine derart fundamentale Grenzziehung sollte jedenfalls nicht schon deshalb aufgegeben werden, weil de lege lata in Einzelfällen Unzuträglichkeiten auftreten könnten, zu deren Beseitigung die Eliminierung des Begriffes del.s.g. nicht einmal das einzige Mittel darstellt <sup>3)</sup>.

---

1) Vgl. Maurach, Bes.Teil, 1.Aufl., § 38 IV C 4, S.260, LK-Nagler, 6./7. Aufl., § 265a Anm. V, Schönke StGB, 6. Aufl., § 265a, Anm. VII.

2) Jescheck, GA 1954, S.97.

3) Daß selbst dann, wenn der Begriff des del.s.g. abgeschafft wäre, auf seine inhaltlichen Merkmale, wie sie hier bestimmt wurden, zurückgegriffen werden muß und so in vielen Fällen wirklich nur die "Überschrift" beseitigt wäre, zeigt Gallas, ZStW Bd.61, S.187/188, der nach Eliminierung des del.s.g. "insbesondere darauf" abstellen will, "in welchem Ausmaß (nur quantitativ oder auch qualitativ) sich der Unrechtsgehalt des neuen Delikts gegenüber dem Ausgangstatbestand verändert hat" (!).

Im Interesse der Vorausssehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechts - wenn auch gewiß eine ständige Rechtsprechung feste Fallgruppen trennen würde - und mehr noch im Interesse der dogmatischen Durchdringung, die wesensgemäß auf Einfachheit und Klarheit der Regeln zielt, ist die differenzierende Lösung daher zu verwerfen <sup>1)</sup>.

- 
- 1) Dem Einwand, Begriffsjurisprudenz zu betreiben, vgl. Richter, Diss., S.72 ff., Schneider, NJW 1954, S. 1673, kann entgegengetreten werden. Es ist zunächst ganz allgemein dem Vorwurf der Begriffsjurisprudenz auf dem Gebiete des Strafrechts mit weit größerer Vorsicht zu begegnen als auf dem Gebiete des Zivilrechts. Unser Strafrecht ist vornehmlich durch die Tatbestandstechnik ausgezeichnet, die ihre wesentlichste Funktion in dem rechtstaatlichen Schutz vor willkürlicher Pönalisierung nicht strafwürdigen Verhaltens hat und notwendig zu scharfer Profilierung der verwendeten Begriffe drängt. Dem Gedanken der Billigkeit ist im einzelnen Fall mit der Bestimmung des Strafmaßes durch den Richter Rechnung getragen. Wenn Schneider a.a.O. insbesondere gegen die Entscheidung des BGH vom 9.Nov.1951, BGHSt Bd.1, S.369 ff. unter dem Schlagwort "Begriffsjurisprudenz im Strafrecht" zu Felde zieht, so geht, soweit damit Kritik zum Begriff des del.s.g. selbst geübt werden soll, die Kritik daneben. Nicht die Folgerungen, die der BGH aus der Annahme der eigenständigen Rechtsnatur von § 212 und § 211 zog, bemängelt Schneider, sondern diese Annahme selbst. Dem begegnet er zutreffend mit dem Argument, eine qualitative Änderung des Unrechtsgehalts könne im Verhältnis der §§ 212/211 nicht gefunden werden.

Was eine zweckbestimmte Auslegung anlangt, so ist es sicher richtig, daß eine Subsumtion unter den Begriff des del.s.g. nur in klarer Abwägung der rechtlichen Konsequenzen hieraus erfolgen darf. Stehen aber der Subsumtion nicht - wie hier - sachliche Gründe entgegen, so darf sie keinesfalls bloß deshalb unterbleiben, weil die Folgen unerwünscht wären. Dafür will wohl auch Schneider a.a.O. nicht plädieren.

Es kann weiter nicht verkannt werden, daß es de lege lata bei verschiedenen Tatbeständen sehr schwer fällt, sie eindeutig als delicta sui generis zu bestimmen. Die Schuld daran trägt keinesfalls der Begriff des del.s.g., sondern die in allen Fällen zu unbestimmte Fassung der Tatbestände. Es ist hier in erster Linie Sache des Gesetzgebers, der Vielzahl von Rechtsfolgen, die von der Entscheidung: unselbständige tatbestandliche Abwandlung oder del.s.g. abhängen, in der Formulierung der Tatbestände die nötige eindeutige Grundlage zu geben und in klarer Erkenntnis der Wichtigkeit der Entscheidung die Tatbestände zu formen <sup>1)</sup>. Verfehlt wäre es daher, sich mit einer Vielfalt von Zwischenformen einzurichten und damit einen de lege lata in vielen Fällen unbefriedigenden Zustand zu sanktionieren. Ziel und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft müßte es vielmehr sein, in weiser Beschränkung auf das Entweder - Oder, artgleiches oder artverschiedenes Delikt, de lege lata eine immer bessere Abgrenzung vorzunehmen <sup>2)</sup> und de lege ferenda dem Gesetzgeber die ihm hier erwachsene Aufgabe nahe zu legen. <sup>3)</sup>

---

1) So schon zu Dohna in Monatsschr. für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 1943, S.141

2) Vgl. zu Dohna a.a.O., S.142

3) Wie dies Maurach in Materialien, S.249 ff., versucht.

#### d) Zusammenfassung und Ergebnis

Als Ergebnis ist sonach festzustellen: Die weitere Untersuchung wird mit hinreichender Sicherheit davon ausgehen können, daß das del.s.g. als abgerundete und durchaus lebensfähige Rechtsfigur seinen angestammten Platz behauptet. Damit kann die Frage gestellt werden, ob dann, w e n n ein del.s.g. vorliegt, § 50 Abs. 2 Anwendung finden kann. Mit der ganz anderen Frage, o b im konkreten Falle ein del.s.g. vorliegt, braucht und kann sich die Arbeit nicht beschäftigen. Die Erörterung muß es sich daher auch versagen, die gefundenen Ergebnisse abschließend an den einzelnen umstrittenen Tatbestandsgruppen darzustellen und zu überprüfen. Das hätte zur Voraussetzung, daß zunächst zweifelsfrei die Rechtsnatur der betreffenden Vorschriften klargestellt wird, was ohne zum Teil äußerst umfangreiche Untersuchungen nicht erreicht werden kann. Daß im übrigen die Zahl echter delicta sui generis wesentlich geringer sein dürfte, als gemeinhin angenommen wird, ergibt schon die oben vorgenommene Begrenzung des Begriffes <sup>1)</sup>.

---

1) Daher ist, wie verschiedentlich bemerkt wird, im Zweifel eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung anzunehmen. Bei "Verwandtschaft" der Delikte ist ein arteigener Unrechtsgehalt absolute Ausnahme und daher zu begründen. Vgl. Maurach, Allg. Teil, § 53 III B 2 a, S. 652: die Vermutung spricht für das Vorliegen einer Abwandlung. Ebenso Nagler ZAKDR 1940, S. 367 und in LK, 6. Aufl., Einleitung, Anhang 3 II 2. In Übereinstimmung damit Mezger in 7. und 8. Aufl. am gleichen Orte. Vgl. auch Sauer AllgStrRL S. 77.

## II. T e i l

=====

### FINDET § 50 ABS.2 SOWEIT DIE (AKZESSORISCHE) TEILNAHME I.E.S. BETREFFEND AUF DELICTA SUI GENERIS ANWENDUNG

#### 1. A b s c h n i t t

##### STAND DER STREITFRAGE

##### Vorbemerkung

In diesem Abschnitt soll zunächst der Stand der Streitfrage dargestellt werden, ehe im folgenden der Versuch unternommen wird, eine eigene Lösung zu begründen. Die ausführliche Behandlung, die hier auch relativ kurze und oft kaum begründete Stellungnahmen erfahren, wird gerechtfertigt durch das Bestreben, einen möglichst genauen und weiter zu verwertenden Überblick über die noch nirgends auch nur annähernd erschöpfend dargestellte Frage zu geben. Eine Stellungnahme zu den einzelnen Stimmen soll, soweit diese nicht bei der Begründung der eigenen Ansicht Berücksichtigung finden, erst abschließend erfolgen. Dagegen wird, um die Arbeit nicht unnötig zu belasten, sogleich bei Darstellung der betreffenden Meinungen untersucht werden müssen, was in den gegebenen Begründungen wirklich an Argumenten steckt und was neben der Sache liegt. Leider ist, wie sich zeigen wird, in verschiedenen nur scheinbaren Begründungen das Problem in Wahrheit gar nicht angesprochen oder jedenfalls wird nicht mit die Sache treffenden Argumenten dafür plädiert.

## I. Kapitel

### Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat verschiedentlich, wenn auch meist ohne nähere Begründung, zu der Frage Stellung genommen, inwieweit für die Teilnahme i.e.S. § 50 Abs. 2 im Falle eines del.s.g. anwendbar sei. Sie ist leider - um sich der in ähnlichem Zusammenhang geäußerten Worte von Sax <sup>1)</sup> zu bedienen - "mehr an der Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit des Ergebnisses, als an einem deutlich gekennzeichneten, Widerspruch ausschließenden juristischen Grundprinzip orientiert".

#### 1. Rechtsprechung zu § 217

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung <sup>2)</sup> ebenso wie heute noch der BGH <sup>3)</sup> § 217 als selbstständiges Delikt angesehen und daher insbesondere die Anwendung des § 213 auf die Kindsmörderin abgelehnt. Auf die Berechtigung dieser Ansicht braucht hier nicht eingegangen zu werden <sup>4)</sup>. Das RG hat andererseits in stRspr § 50 a.F. (bis zur VO v. 29.5.43, RGBI I S.339 - Strafrechtsangleichungs-VO - dem heutigen § 50 Abs. 2 entsprechend) auf die Teilnehmer

---

1) ZStW Bd. 64, S.395 bei Fußnote 4

2) Vgl. RGSt Bd.28, S.200 ff.(S.202 und 208), Bd.59, S.8 f. (S.9), RG DR 1944, S. 657 f.

3) Vgl. BGH Entsch.v.19.Juni 1951, BGHSt Bd.1, S.235 ff.(S.237)

4) Wie schon oben bei Begrenzung der Themafrage festgestellt wurde. Vgl. im übrigen zur abweichenden Ansicht der heute wohl h.L. Maurach, Bes.Teil, § 2 IV C 1, S.38 mit weiteren Nachweisen.

an der Kindstötung angewandt <sup>1)</sup>. Die Entscheidungen beschränken sich hierbei darauf, ohne Begründung die Anwendbarkeit des § 50 in einer Art festzustellen, die vermuten läßt, daß ein Problem hierin keinesfalls gesehen wurde <sup>2)</sup>. So stellt - noch am ausführlichsten - das RG im 74.Bd. <sup>3)</sup> lediglich fest:

"Daß Maria R. lediglich nach § 217 StGB strafbar ist, kann der Beschwerdeführerin nach § 50 StGB nicht zu statuten kommen" - die Entscheidung des RG im 72. Bd. führt an zwei Stellen <sup>4)</sup> den § 50 StGB nur noch bei Bezeichnung der zur Anwendung gebrachten Strafgesetze in Klammern an. So: es bleibe offen, ob die Beschwerdeführerin "nicht wegen Beihilfe zum Morde hätte verurteilt werden müssen (§§ 211, 49, 50 StGB)". Aus alledem kann geschlossen werden, daß sich die angeführten Urteile der Fraglichkeit der Entscheidung im Hinblick auf die Rechtsprechung zum Verhältnis der §§ 217 und 213 und der dort postulierten Selbstständigkeit des § 217 nicht bewußt waren. Ob diese Entscheidungen zur Stützung irgend einer Ansicht im Rahmen der Themafrage herangezogen werden können, erscheint daher zumindest zweifelhaft. Sie werden allerdings verschiedentlich ohne weitere Begründung für die Meinung zitiert, § 50 Abs. 2 könne auf *delicta sui generis* keine Anwendung finden <sup>5)6)</sup>.

---

1) Vgl. RGSt Bd.2, S.154 ff., Bd. 72, S.373 ff., Bd.74, S.84 ff.

2) Vgl. auch OGHBZSt Bd.3, S. 115, der vollends die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 als selbstverständlich voraussetzt.

3) S. 86

4) S. 374 und S. 375

5) So offensichtlich nur mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung: Frank StGB, § 50 Anm. II 2 und H Mayer, Allg.Teil, S. 340.

6) Einen ganz anderen Standpunkt scheint das RG auf

Die Entscheidung des BGH im 1.Bd. <sup>1)</sup> bezieht sich zur Stützung der Ansicht, daß die Anwendung des § 50 Abs. 2 der "selbständigen Natur" des § 217 nicht widerspreche, auf die bisherige Rechtsprechung des RG. Dem fügt die Entscheidung dann weiter eine sonderbare Begründung an <sup>2)</sup>:

"... die Sondernatur der § 217 liegt a u c h darin, daß sich die Vorschrift auf einen persönlich beschränkten Täterkreis bezieht. Bei diesen sog. unechten Sonderdelikten ist anerkannt, daß sich ihre Strafdrohung nur gegen denjenigen richtet, der dem Täterkreis angehört, während der Tatbeitrag des außerhalb Stehenden nach dem Grunddelikt zu beurteilen ist ... (vergl. Schröder SJZ 1950 Sp.560/568)"

(Sperrung vom Verf.)

Diese Argumentation baut auf einem glatten Trugschluß auf. Während die Entscheidung in den übrigen Teilen von der "selbständigen Natur" des § 217 spricht,

---

(Fortsetzung von S.29)

den ersten Blick in einer Entscheidung im 28.Bd. S.100 ff. (S.101/102) zu vertreten, wenn es dort heißt: "Nur wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, mit anderen Worten, wenn in den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen solche vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände liegen, welche ihm gegenüber die Strafbarkeit der Tat erhöhen oder vermindern - sogenannte Qualifikationsgründe - kann von der Anwendung des § 50 StGB's die Rede sein" (!). Die Tatsache aber, daß an dieser Stelle die strafändernden Umstände von den strafbegründenden abgeschichtet werden, und auch der mehr anmerkungswise Charakter der entscheidenden Stelle lassen es sehr zweifelhaft erscheinen, ob hieraus für die Themafrage etwas entnommen werden kann.

1) BGHSt Bd.1, S.235 ff.

2) S. 240

der eine "abschließende Sonderregelung" geben wolle, und sich dabei auf die Fassung, die Stellung im Gesetz und "vor allem die Strafermäßigung des Abs. 2" beruft, was klar auf die Einordnung des § 217 als del.s.g. zielt <sup>1)</sup>, fügt sie in der zitierten Stelle die Feststellung an, die Sondernatur der Vorschrift liege a u c h in ihrer Eigenschaft als "sogen. unechtes Sonderdelikt". Diese beiden Seiten der "Sondernatur" werden zunächst sauber getrennt. Daß hierin bereits ein Widerspruch liegt, hat Jescheck <sup>2)</sup> dargetan. Vollends aber ist es verfehlt, wenn der BGH jetzt aus e i n e r der beiden dem § 217 angeblich zukommenden Eigenschaften Folgerungen zieht und diese dann mit einer Art logischen Taschenspielerkunststücks der a n d e - r e n vorausgesetzten Eigenschaft unterschiebt: Die Folgerung, § 50 Abs. 2 sei auf § 217 anwendbar, zieht der BGH aus der Prämisse, § 217 sei ein unechtes Sonderdelikt. Das ist ein Schluß, der hier <sup>3)</sup> nicht zu beanstanden ist. Falsch ist es jedoch, nunmehr daraus zu folgern, § 50 Abs. 2 sei auch auf delicta sui generis anwendbar oder, wie der BGH das negativ ausdrückt, der selbständigen Natur des § 217 stehe daher die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 nicht entgegen.

---

1) Dafür spricht auch der Hinweis auf Schröder, SJZ 1950, Sp. 560/568, der sich a.a.O. ausdrücklich mit der Frage der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf das "delictum sui generis" befaßt.

2) In GA 1954, S.98. Handelt es sich um ein "unechtes Sonderdelikt", so liegt im Zweifel eine unselbstständige Abwandlung eines Grundtatbestandes vor. Das verträgt sich aber gerade nicht mit der "selbständigen Natur" des § 217.

3) Bei dem rein privilegierenden § 217 - vgl. Jescheck a.a.O. -. Inwieweit mit Rücksicht auf ein weiteres Rechtsgut nicht bei anderen sog. "unechten Sonderverbrechen" etwa bei den unechten Amtsdelikten - vgl. Maurach in Materialien, S. 252 - delicta sui generis vorliegen, könnte allerdings zweifelhaft sein.

Die Eigenschaft als del.s.g. hat mit der Eigenschaft als unechtes Sonderdelikt nichts zu tun. Abgesehen von den sachlich darin liegenden Widersprüchen enthebt jedenfalls logisch die Prüfung der Frage, ob der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 nicht § 217 qua unechtes Sonderdelikt entgegensteht, keinesfalls der Prüfung der weiteren Frage, ob der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 nicht § 217 qua del.s.g. entgegensteht. Gerade die hier interessierende zweite Frage behandelt der BGH nicht. Er gibt vielmehr nur eine Scheinlösung, indem er die Ergebnisse der Untersuchung der ersten Frage auf die zweite einfach überträgt <sup>1)</sup>. Für die Themafrage ist aus der Entscheidung daher - außer einer glatten Behauptung - nichts zu gewinnen.

## 2. Rechtsprechung zu §§ 211/212

Wesentlich mehr läßt sich aus der bekannten Entscheidung des BGH im 1. Bd. entnehmen, in welcher dieser die Ansicht vertritt, bei den §§ 211 und 212 handle es sich im Verhältnis zueinander nicht um bloße unselbständige tatbestandliche Abwandlungen, wie dies von wechselndem Ausgangspunkt aus das Schrifttum annehme:

"§ 211 ist nicht ein schwererer Fall des § 212 (Lange) und § 212 ist nicht ein minder schwerer Fall des § 211 (Eb.Schmidt). Es handelt sich vielmehr um zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt, von denen jeder bestehen könnte, auch wenn es den anderen nicht gäbe."

- 
- 1) Daß hier die irreführende Terminologie einen guten Teil der Schuld an den Verwechslungen trägt, wurde bereits oben, S.3, Fußnote 1 ausgeführt.
  - 2) BGH Entsch.v.9.Nov.1951, BGHSt Bd.1, S.369 ff. = NJW 1952, S.110 f. = MDR 1952, S.53 f. = JZ 1952, S.85 f., vgl. auch BGH Entsch.v.22.Jan.1952, BGHSt Bd.2, S.251 ff. (S.255/256) und BGH Entsch. v.14.Okt.1954, BGHSt Bd.6, S.329 ff.(S.330).

Der BGH fährt fort:

"Die Anwendung des § 50 StGB ist  
d e s h a l b auf den vorliegenden  
Fall nicht möglich. Es bedarf deshalb  
keiner Entscheidung, ob Beweggründe  
überhaupt unter § 50 Abs. 2 fallen  
können". 1)

Der BGH umreißt in dieser Entscheidung jedenfalls klar den Begriff des del.s.g. als eines aliud gegenüber der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlung, die sich als ein bloßes plus oder minus, als schwererer oder leichterer Fall, im Verhältnis zu einem Grundtatbestand darstellt. Die beiden wesentlichen Begriffskomponenten: formelle Selbständigkeit des Delikts und ein materiell arteigener Unrechtsgehalt werden hervorgehoben. Daß mit den Ausführungen des BGH der Begriff des del.s.g. in dem üblichen und auch hier aufgrund gelegten Sinn angesprochen sein sollte, ist danach nicht zweifelhaft.

Wie die Entscheidung weiter ergibt, hält der BGH die Anwendung des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis für ausgeschlossen. Dabei gibt er - erstmals in der Rechtsprechung zur Themafrage - eine, wenn auch sehr kurz abgehandelte, Begründung. Die Entscheidung beruft sich auf die Mord und Totschlag zu delicta sui generis stempelnden Weseneigenschaften der Vorschriften: die selbständige äußere tatbestandliche Abgeschlossenheit in Verbindung mit einem - angeblich - arteigenen Unrechtsgehalt. Die hieraus mit einem durch "deshalb" eingeleiteten Satz kurz gezogene Folgerung, § 50 Abs. 2 könne daher im Verhältnis von § 211 und § 212 keine Anwendung finden, bedürfte an sich näherer Erläuterungen. Zur Ergänzung wird man jedoch die weiter oben in der Entscheidung befindlichen Ausführungen

---

1) S. 273, Sperrung vom Verf.

heranziehen müssen, die eine Auseinandersetzung mit Eb.Schmidt, DRZ 1949 S. 372 einleiten:

"§ 50 Abs.2 kann jedoch auf die Beweggründe des § 211 schon deshalb nicht zutreffen, weil sie nicht die Strafe 'schärfen' sondern die Strafbarkeit des Täters erst begründen".

Zusammenfassend läßt sich aus der Entscheidung demnach wohl folgende Begründung entnehmen: Weist ein Straftatbestand gegenüber einem anderen "verwandten" Tatbestande einen arteigenen Unrechtsgehalt auf - womit er sich entsprechend der eingangs vorgenommenen Begriffsbestimmung als del.s.g. darstellt - so kann nicht davon gesprochen werden, daß in dem del.s.g. etwa enthaltene persönliche Merkmale "die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen". Da die Delikte durch das ihre Eigenständigkeit konstituierende Merkmal eines arteigenen Unrechtsgehalts voneinander getrennt sind, stehen sie einander "beziehungslos" gegenüber, und es setzt § 211 ebenso wie § 212 eine neue eigene Strafsanktion als angemessene Rechtsfolge neuen arteigenen Unrechts. § 50 Abs. 2, der sich nur auf Fälle bezieht, in denen eine vorgegebene Strafe g e ä n d e r t wird, kann daher keine Anwendung finden. <sup>1)</sup>

---

1) Mit sonderbarer Begründung tritt der 1. Senat dieser Entscheidung (des 2. Senates) bei, vgl. Entsch.v.22.Jan.1952, BGHSt Bd.2, S. 251 ff. (S.255/256): Der zweite Strafsenat habe erkannt, Mord und Totschlag seien voneinander unabhängige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt. Die Merkmale des § 211 seien echte Tatbestandsmerkmale. "Jedenfalls in diesem letzten Punkt" sei der Entscheidung beizutreten, "ohne daß im übrigen geboten wäre, zu ihr Stellung zu nehmen". Man fragt sich vergeblich, was dann von der Begründung, die der 2. Senat für die Unanwendbarkeit des § 50 Abs. 2 gegeben hat, noch übrig bleibt und wie der erste Senat seine sonst aus der Luft gegriffene Behauptung, die Merkmale des § 211 seien "echte Tatbestandsmerkmale" - womit, wie die Entscheidung des 2. Senats, S. 271, zeigt, ihre "straf- (Fortsetzung nächste Seite)

Darauf wird unten <sup>1)</sup> zurückzukommen sein. Eines Widerspruches mit der auch vom erkennenden 2. Strafsenat offensichtlich gebilligten Rechtsprechung zu § 217 <sup>2)</sup> ist sich die Entscheidung nicht bewußt.

---

(Fortsetzung von S. 34)

begründende" Natur gemeint ist - untermauern will. Abgesehen davon ist wohl aus der Entscheidung des 1. Senats ganz allgemein zu entnehmen, daß hier gewisse Vorbehalte gegenüber der Entscheidung des 2. Senats angemeldet sein sollten. - Der 4. Strafsenat tritt dagegen ohne Einschränkung in seiner Entscheidung vom 14.Okt.1954, BGHSt Bd.6, S.329 ff. (S.330) der Entscheidung des 2. Senats bei.

1) Vgl. S. 87 ff.

2) In der Entscheidung ist als Beispiel ausdrücklich die uneheliche Mutterschaft als strafmildernde persönliche Eigenschaft erwähnt, vgl.S.372. Der 1. Senat hatte, wie bereits oben ausgeführt, in seiner Entsch.v.19.Juni 1951, BGHSt Bd.1, S.235 ff. (S.237) die "selbständige Natur" des § 217 hervorgekehrt und angesichts der von ihm offensichtlich als naheliegend empfundenen Bedenken erklärt, daran ändere auch die Tatsache nichts, daß § 50 Abs.2, wie herrschend angenommen, anwendbar sei. Möglicherweise hat sich der 2. Senat mit der hier als Trugschluß erkannten Begründung zufrieden gegeben. Näher liegt es anzunehmen, daß der 2. Senat sich der prinzipiellen Ähnlichkeit der Fälle nicht bewußt war, ein Versehen, welches wohl durch die überall bei Behandlung der Themafrage durch die Rechtsprechung zu beobachtende Neigung, die Entscheidung über die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 ganz am Sinn und Zweck des einzelnen Tatbestandes zu orientieren, begünstigt wurde.

## II. Kapitel

### Rechtswissenschaft

In der Rechtswissenschaft herrscht bislang über die Themafrage keine Einigkeit. Von einer herrschenden Lehre kann kaum gesprochen werden <sup>1)</sup>. Immerhin wird das Problem vielerorts erkannt und behandelt. Leider sind die Begründungen - wenn überhaupt solche gegeben werden, und nicht einfach auf die Evidenz der eigenen Ansicht abgestellt wird - meist wenig befriedigend.

#### 1. Vertreter der Ansicht, § 50 Abs. 2 sei auch auf delicta sui generis anwendbar.

Nach B e l l i n g <sup>2)</sup> ist § 50 (a.F.) "auch in den Fällen anzuwenden, wo der durch das Persönlichkeitsrequisit bedingte neue Typus selbständig getauft wird". Obwohl diese Stelle verschiedentlich zur Stützung der Ansicht zitiert wird, § 50 Abs. 2 sei auf delicta sui generis anwendbar <sup>3)</sup>, läßt sich hieraus für die Themafrage nichts entnehmen. Der Begriff des del.s.g. taucht auch der Sache nach in den Ausführungen Belings nicht auf. Er spricht lediglich von dem "besonderen Namen" für ein tatbestandlich vertypptes Delikt, der für die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 gleichgültig sei. Dieser kann jedoch bestenfalls ein Indiz für einen zur Konstituierung eines del.s.g. erforderlichen arteigenen Unrechtsgehalt sein. Keinesfalls muß aber stets dann, wenn ein in-

---

1) Dagegen aber unter Berufung auf die "herrschende Lehre", Frank StGB, § 50 Anm. II 2, Lange, JR 1949 S.169, v.d.Lühe, Diss., S.53, Mezger Lb, S.453, auf die "überwiegende Meinung" Claß, NJW 1949, S.84.

2) L.v.V., S.444

3) Vgl. etwa Lange, JR 1949, S.169 in Fußnote 30.

sich abgeschlossener Tatbestand einen eigenen Namen trägt, ein del.s.g. vorliegen. <sup>1)</sup> Zum anderen geht Beling von dem Begriff der "strafkonstitutiven" Merkmale aus, der keineswegs dem der "strafbegründenden", das heißt also im wesentlichen der nicht strafscharfenden - mildernden oder -ausschließenden (§ 50 Abs.2) entspricht. Das geht deutlich aus dem Beispiel hervor, das Beling anführt. § 350 StGB sei zwar "selbständig getauft" und die Beamteneigenschaft sei "für § 350" ein "konstitutives" Merkmal, das schließe jedoch nicht aus, daß diese Eigenschaft "im Verhältnis zwischen § 350 und § 246" einen "Straferhöhungsgrund" bilde. Sachlich behandelt Beling hier also klar eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung.

Claß <sup>2)</sup> hält die Frage, ob eine unselbständige Abwandlung eines Grundtatbestandes oder aber ein del.s.g. vorliege, für eine "technische Kontroverse", die für die Auslegung des § 50 "unmöglich Bedeutung gewinnen könne". Was die gegenteilige Ansicht anlangt, so sei man leicht versucht "vor soviel Formalistik die Geduld zu verlieren". Daß im § 50 Abs. 2 mit "strafscharfend" nur das Verhältnis: Grundtatbestand - unselbständige tatbestandliche Abwandlung gemeint sei, sei eine "willkürliche, sachlich durch nichts veranlaßte Annahme". Claß beschließt seine Ausführungen mit den sehr überzeugten Worten: "Nach richtiger An-

---

1) Vgl. etwa die allerdings sehr umstrittenen Tatbestände des "Mordes" und des "Totschlags". Der BGH u.a. leiten ja bekanntlich aus dem Namen "Mord" ein Argument für die Eigenständigkeit her, BGHSt Bd.1, S.371: "Das Gesetz kennzeichnet eben die in § 211 StGB aufgeführten Begehungsweisen nicht als schwere Fälle des Totschlags, sondern als eine andere Straftat, als Mord". Dagegen sieht die h.L. ohne Rücksicht auf die verschiedenen Namen, die geschichtlich begründet seien, im Mord eine Qualifizierung des § 212.

2) NJW 1949, S.84.

sicht, die wegen ihrer Evidenz mit Recht lapidar und ohne weitschweifige Begründung vertreten wird, spielt die (äußere) Form der Qualifikation (del.s.g. oder qualif. Delikt) für die Auslegung der 'Strafschärfung' keine Rolle".

D a h m <sup>1)</sup> beruft sich zur Stützung seiner Ansicht, daß § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis anwendbar sei - wie viele - auf die ständige Rechtsprechung des RG zu § 217. Im übrigen beschränkt er sich darauf, festzustellen, es könne "nicht maßgebend sein, ob die eine Straftat im Verhältnis zur anderen ein delictum sui generis darstellt, also im übrigen die für den einen Tatbestand geltenden Vorschriften auch auf den anderen anwendbar sind".

F r a n k <sup>2)</sup> trägt unter Berufung auf die nicht näher belegte "herrschende Lehre" keine Bedenken, § 50 (a.F.) auch dann anzuwenden, "wenn das Gesetz beim Hinzutreten persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse das normalerweise gegebene Delikt zu einem anderen umformt". "Namentlich" gelte dies für das Verhältnis des § 217 zu §§ 212 und 211 <sup>3)</sup>. Die 5.-7.Auflage, 1908, wie an gleicher Stelle bei im übrigen gleichem Wortlaut noch den nicht unbeachtlichen Zusatz auf:

"In der Tat aber ist es recht zweifelhaft, ob man bei der Durchbrechung der Akzessorietät soweit gehen darf".

Vollends aber spricht nicht für eine volle Überzeugung Franks von der Richtigkeit seiner Ansicht, daß er an

---

1) NJW 1949, S.811

2) StGB, § 50 Anm. II 2

3) In Anmerkung III zu § 217 verweist Frank, inwieweit konsequent, daher auch wegen der Teilnahme an dem "durchaus selbständigen Delikt" - Anm. IV - auf die zitierte Stelle.

zwei weiteren Stellen den gerade gegenteiligen Standpunkt einnimmt. So stellt für Frank § 248a "ein selbständiges Delikt" dar, nicht bloß einen privilegierten Fall von Diebstahl und Unterschlagung <sup>1)</sup>. Unter den Folgerungen, die Frank aus der Selbständigkeit der Entwendung zieht, findet sich:

"Der Teilnehmer an der Entwendung ist auch dann nicht wegen Teilnahme an Diebstahl zu bestrafen, wenn er ohne das Motiv der Not behandelt hat. Das folgt aus der Akzessorietät der Teilnahme. § 50 trifft auf diesen Fall nicht zu".

Auf diese Ausführungen wird auch wegen der Teilnahme an § 264a verwiesen <sup>2)</sup>. An anderer Stelle <sup>3)</sup> wird die Anwendbarkeit des § 50 auf § 181 abgelehnt, "weil die sog. schwere Kuppelei nicht als ein qualifizierter Fall der einfachen (§ 180) erscheint", sondern ein selbständiges Delikt ist.

Auch L a n g e <sup>4)</sup> mißt der Frage, ob ein del.s.g. oder eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung vorliege, für die Anwendung des § 50 Abs. 2 keine Bedeutung bei. Auf solche "generellen konstruktiven Erwägungen" soll es nicht ankommen dürfen. Entscheidend müsse vielmehr sein, "ob im Einzelfall das del.s.g. unter dem Gesichtspunkt der qualitativen Veränderung des Unrechts oder der Schuld, der Tat- oder der Tätercharakterisierung vom Grundtatbestand abgeschichtet worden ist". Dazu bedürfe es einer genauen Untersuchung der Einzeltatbestände und ihrer Merkmale. Diese Ansicht hält Lange in der 39./40. sowie 41. Auflage

---

1) StGB, § 248a Anm. I

2) StGB, § 264a Anm. I

3) StGB, § 181 Anm. VII

4) JR 1949, S. 169 und S. 168 bei Fußnote 26

des Kommentars <sup>1)</sup> aufrecht. Ebenfalls in der von Lange besorgten 41. Auflage des Kommentars finden sich allerdings noch auf Kohlrausch selbst zurückgehende <sup>2)</sup> Ausführungen zu § 217, die den gerade gegenteiligen Standpunkt einnehmen <sup>3)</sup>. Gegen die Einstufung des § 217 als "Sonderverbrechen" wird vorgebracht, daß diese Konstruktion folgerichtig nicht durchführbar sei. So würden RGSt 72, 373; 74, 84; und OGHbZSt 1, 240 "folgewidrig (wenn auch sachgemäß)" den § 50 auf Teilnehmer anwenden, "indem sie in der Unhehlichkeit einen Tatumstand sehen, der die 'Strafbarkeit vermindert' ", was "für die Abhängigkeit des § 217 von den §§ 211 f., also gerade gegen seine Sondernatur" spreche. Ebenso scheint mir die Anmerkung zu § 181 <sup>4)</sup> für die gegenteilige Ansicht zu sprechen, wenn ausgeführt wird, § 181 sei ein erschwerter Fall der Kuppellei, kein "Sondertatbestand", "sodaß § 50 Abs. 2 Anwendung findet".

Ebenso wie Frank verweist v.d. L ü h e <sup>5)</sup> wegen der Anwendbarkeit des § 50 (a.F.) auf delicta sui generis lediglich auf die "herrschende Lehre", insbesondere auf die Rechtsprechung zu § 217. An anderer Stelle <sup>6)</sup> nimmt er etwas ausführlicher anläßlich der Frage der Anwendbarkeit des § 50 auf § 211 a.F. Stellung.

---

1) Vgl. Kohlrausch-Lange, 39./40. Aufl. und 41. Aufl., § 50 Anm. 1 und in beiden Auflagen § 211 Anm. XII. Insbes. aus 39./40. Aufl., § 211 Anm. XII, geht ähnlich hervor, daß Lange der "Konstruktion": del.s.g. oder tatbestandliche Abwandlung für die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 mit Claß, NJW 1949, S.84, gegen Maurach keine Bedeutung beimißt.

2) In der 38. Aufl.

3) Kohlrausch-Lange, § 217 Anm. I

4) Kohlrausch-Lange, § 217 Anm. I

5) Diss., S.53

6) Diss., S.42

Doerr <sup>1)</sup> übersehe, daß § 50 gar kein qualifizierendes oder privilegierendes Verhältnis im technischen Sinn voraussetze, sondern auch "die Veränderung auf Grund des persönlichen Tatumstandes in ein delictum sui generis" die Voraussetzung für die Anwendung des § 50 schaffe.

H. M a y e r <sup>2)</sup> belegt seine Ansicht, daß § 50 Abs.2 auch dann Anwendung finde, "wenn die persönliche Eigenschaft die betreffende Tat zu einem delictum sui generis macht", lediglich mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zu § 217.

Auch nach M e z g e r <sup>3)</sup> soll es keine Rolle spielen, ob durch die strafscharfende oder strafmildernde Eigenschaft ein del.s.g. gebildet wird. Erst wo eine Beziehung auf einen "gemeinsamen Grundtatbestand" nicht mehr vorliege, also "eine völlig neue Straftat" gegeben sei, gehe der strafändernde Umstand in einen strafbegründenden über und trete dementsprechend akzessorische Behandlung der Teilnehmer ein. Zu den persönlichen strafmildernden Eigenschaften, auf die trotz Aufnahme in ein del.s.g. § 50 Abs. 2 anwendbar bleibe, zähle "etwa die Eigenschaft der unehelichen Mutter in § 217 StGB" <sup>4)</sup>. Merklich einschränkend soll

---

1) In Seuff.Bl. Bd.71, S.347, dazu unten S.45

2) Allg. Teil, S. 340

3) LK § 50 Anm. 10, vgl. auch Anm. 11, Anm. 13a; ebenso Grundriß, S. 144. Ohne ausdrückliche Hervorkehrung des Erfordernisses eines "Grundtatbestandes": Lb S.453 und Stb I, S.237. Daß darin sachlich eine "beachtenswerte Modifikation - Lange, JR 1949, S.169 in Fußnote 30 - liegen soll, ist nicht einzusehen. Ein "Ausgangstatbestand" wird im § 50 Abs. 2 logisch vorausgesetzt. Das Problem, das auftaucht und Gegenstand dieser Arbeit ist, ist nur, ob es sich dabei um einen Grundtatbestand im technischen Sinne handeln muß. Das verneint Mezger nach wie vor. Allenfalls hat er sonach im Grundriß a.a.O. und LK gegenüber Lb seine Auffassung noch präzisiert.

4) LK, 6. Aufl., § 50 Anm. 2.

in späterer Auflage <sup>1)</sup> "jedenfalls" für die Eigenschaft der unehelichen Mutter in § 217 StGB § 50 Abs. 2 anwendbar sein. Eine nähere Begründung seiner Ansicht bleibt Mezger schuldig.

Wie mir scheinen will, hat Redslöb bereits 1909 die Themafrage angeschnitten <sup>2)</sup>. Ohne sich des Begriffes "del.s.g." zu bedienen, trifft er doch sachlich das Problem. Es könne wohl, so führt er in Interpretation von Doerr's Ansicht <sup>3)</sup> aus, ein straf erhöhendes oder strafminderndes Moment zu einem Delikt entweder in der Weise hinzutreten, "daß lediglich eine Variation dieses Grunddelikts gebildet werde", oder aber in der Weise, "daß ein neues selbständiges und daher dem anderen koordiniertes Delikt, kurz ein zweites Grunddelikt entstehe". Dieser Unterscheidung könne jedoch "nur eine systematisch formelle Bedeutung zukommen". Denn wenn zu einem Delikt ein straf erhöhendes oder strafminderndes Moment hinzutrete, so sei doch "materiell immer eine Variation eines Grunddelikts gegeben". Es sei "vollkommen willkürlich", die oben getroffene Unterscheidung in den § 50 hineinzutragen.

Auch Schröder ist der Ansicht, daß es keinen Unterschied mache, "ob die besonderen persönlichen Verhältnisse nur den Grundtatbestand verändern, oder ob sie eine neue selbständige Straftat schaffen, sich aber auf einen Grundtatbestand beziehen" <sup>4)</sup>. In späterer Auflage <sup>5)</sup> fügt er in Angleichung an LK-Mezger hin-

---

1) LK, 7. Aufl. und folgende a.a.O.

2) StrAbh. Heft 97, S. 54 Fußnote 1

3) Seuff.Bl. Bd. 71, S. 347

4) Schönke-Schröder, 7. Aufl., § 50 Anm. IV, vgl. auch Schröder in MDR 1949, S. 392 in Fußnote 4 und 4a.

5) Schönke-Schröder, 8. Aufl., § 50 Anm. V und 9. Aufl. ebenda.

zu, die Grenze sei dort zu ziehen, wo eine solche Beziehung auf einen gemeinsamen Grundtatbestand nicht mehr gegeben sei, also eine "völlig andere Straftat" vorliege, da dann der strafändernde Umstand in einen strafbegründenden übergehe. Im übrigen verweist er auf die Rechtsprechung zu § 217.

An anderer Stelle gibt Schröder im Zusammenhang mit der Teilnahme an der Kindstötung scheinbar eine ausführlichere Begründung <sup>1)</sup>. § 217 sei ein Sonderdelikt in zweifachem Sinne. Einmal insoweit, als es gegenüber dem Grunddelikt verselbständigt sei, zum andern aber auch i.S. eines Delikts mit persönlich beschränktem Täterkreis. Bei diesen sog. unechten Sonderdelikten "im letzteren Sinn" sei anerkannt, daß trotz ihrer Verselbständigung die modifizierte Strafdrohung nur für den Intraneus gelte. Schröder führt fort:

"Die Prämisse des Schlusses, daß die Sonderdeliktseigenschaft den § 50 ausschließe und eine Entscheidung nach Akzessorietätsregeln notwendig mache, ist eben unrichtig".

Diese Stelle ist die Ursache verschiedener Mißverständnisse. Es bleibt hier völlig unklar, was nun unter der Sonderdeliktseigenschaft verstanden sein soll. Der BGH <sup>2)</sup> hat ganz pauschal auch die Eigenschaft als del.s.g. darunter begriffen, wofür zumindest der in Fußnote <sup>3)</sup> angefügte Hinweis Schröders auf Lange <sup>4)</sup> zu sprechen scheint. Lange befaßt sich a.a.O. ausschließlich mit der Frage der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis <sup>5)</sup>. Daß dann die Argu-

---

1) SJZ 1950, Sp. 568; vgl. auch Schönke-Schröder, § 217 Anm. VII

2) BGHSt Bd.1, S.240, dazu oben S.30 f.

3) SJZ 1950, Sp.568, Fußnote 37a

4) JR 1949, S.169

5) Vgl.oben S.39 f.

mentation aber auf einen glatten Trugschluß aufbaut, ergab bereits eine nähere Untersuchung der Entscheidung des BGH <sup>1)</sup>. Bezieht man umgekehrt, wofür der Wortlaut der Ausführungen Schröders zu sprechen scheint - er will sich wohl insoweit nur mit den Sonderdelikten "im letzteren Sinne", also den Delikten "mit persönlich beschränktem Täterkreis" befassen - seine Argumentation nur auf Sonderdelikte im technischen (engeren) Sinn, so bleibt für die Themafrage nur die folgende glatte Behauptung übrig, es schließe nicht "die Eigenschaft als delictum sui generis den § 50 unbedingt aus". - Dann aber ist der BGH einem Irrtum zum Opfer gefallen, wenn er glaubte, aus den Ausführungen Schröders irgendwelche Argumente für die Themafrage entnehmen zu können. An Argumenten ist nichts enthalten. Daß an den ganzen Mißverständnissen und Unklarheiten eine verfehlte Terminologie schuld ist, wurde bereits mehrfach dargelegt.

Auch Schröder ist jedoch nicht frei von gewissen Inkonsequenzen. So findet sich etwa in Anmerkung zu § 181 <sup>2)</sup> die Feststellung, Teilnehmer am Delikt in Nr. 2 würden "wegen der Eigenständigkeit des § 181 aus diesem, nicht aus § 180 bestraft". Schröder verweist an dieser Stelle auf Maurach <sup>3)</sup>. An anderer Stelle führt Schröder bei Besprechung des Urteils des BGH im 1. Bd. S. 369 ff. aus, wenn der BGH ausschließlich Akzessorietätsregeln anwende, so sei das "konsequent" unter der von ihm angenommenen Voraussetzung, es handle sich bei Mord und Totschlag um "Delikte mit arteigenem Unrechtsgehalt und begriff-

---

1) Vgl. oben S. 31 f.

2) Schönke-Schröder, 8. Aufl., § 181 Anm. II 2d

3) In Bes. Teil, § 50 VI A 3d, S. 403; Ziffer d ist später in der 9. Aufl. ersatzlos entfallen, - kaum aus dogmatischen Gründen sondern wohl eher aus Platzmangel.

licher Selbständigkeit" <sup>1)</sup>. Hierauf wird noch zurückzukommen sein <sup>2)</sup>.

V. W e b e r hält den Streit um die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf die Mordmerkmale durch die Unklarheit des Begriffs des eigenständigen Delikts für "recht verworren" und will die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 nicht an der "mehr oder minder zufälligen technischen Ausgestaltung der Tatbestände" scheitern lassen <sup>3)</sup>.

2. Vertreter der Ansicht, § 50 Abs. 2 sei auf delicta sui generis nicht anwendbar.

Bereits 1906 hat D o e r r in seiner Abhandlung über den Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme <sup>4)</sup> die Frage angeschnitten. Unter persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, seien nur solche zu verstehen, "welche der Person des Täters beiwohnen, ohne den gesetzlichen Tatbestand des Straffalles und die Eigenart der Handlung selbst zu berühren". Würde der Tatbestand des Delikts berührt, so würde die Strafbarkeit an sich, deren Existenz berührt, nicht bloß erhöht oder vermindert. Er hält dementsprechend § 50 a.F. auf § 211 a.F. für unanwendbar, "da das positive Recht, das einer über-tausendjährigen Tradition folgt, weder den Mord als qualifizierten Totschlag, noch den Totschlag als privilegierten Mord, sondern beide als zwei verschiedene Deliktsarten ansieht."

---

1) NJW 1952, S. 649

2) Unten S.110

3) MDR 1952, S.265

4) Seuff.Bl. Pd.71, S.347.

Gleichfalls schon um diese Zeit hat unabhängig davon E c k s t e i n <sup>1)</sup> die Kindstötung als "selbständiges Delikt" angesehen und daraus gefolgert: Sei aber die Kindstötung ein "Delikt für sich", so seien die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 50 nicht mehr gegeben. Es liege dann kein "strafändernder" Umstand mehr vor. Von diesem Gesichtspunkt aus sei die herrschende Lehre, die trotz Annahme der Eigenständigkeit des § 217 § 50 Abs. 2 anwende, abzulehnen.

H e i n i t z <sup>2)</sup> hält dort, wo besonders täterschaftliche Elemente ein del.s.g. schaffen, die "Folgerung unausweichlich", daß § 50 Abs. 2 unanwendbar ist. Freilich dürfe der Begriff des eigenständigen Delikts nicht zu weit ausgedehnt werden. Wo zwei Tatbeständen ein "einheitliches Grundgerüst" zugrunde liege, könne von einem del.s.g. nicht mehr gesprochen werden.

J e s c h e c k <sup>3)</sup> hält die Unanwendbarkeit des § 50 Abs. 2 für die "wichtigste Konsequenz" der "grundlegenden Unterscheidung" zwischen tatbestandlicher Abwandlung und eigenständigem Delikt. Eine eigene Begründung gibt er nicht, sondern verweist im übrigen auf Maurach <sup>4)</sup>.

K o h l r a u s c h trennt sehr klar in Anmerkung zu dem ehemaligen § 2 der VO gegen die Volksschädlinge <sup>5)</sup> die Folgerungen, die sich ergeben würden, je nach dem, ob man in der Vorschrift eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung oder aber ein "Sonderverbrechen" sieht. Nur im ersten Falle sei § 50 anwendbar; im zweiten

---

1) Seuff.Bl. Bd. 76, S. 755 f.

2) Festschr., S.112

3) GA 1954, S.97/98

4) In Materialien, S.253/254

5) Kohlrausch-Lange, 38. Aufl., Anhang Nr.36, VO gegen die Volksschädlinge, § 2, Anm. 6.

Falle dagegen sei "akzessorische Behandlung geboten". Eine Begründung hierfür gibt Kohlrausch allerdings nicht.

Dagegen läßt sich entgegen einer verschiedentlich geäußerten Ansicht <sup>1)</sup> aus Kohlrausch's Behandlung der Teilnahme an Mord und Totschlag für die Themafrage nichts entnehmen. Kohlrausch stuft den Mord als ein "selbständiges Verbrechen" ein. Daher gelte § 50 für die Teilnehmer insoweit nicht <sup>2)</sup>. Dieses Ergebnis entspreche nicht nur äußerlich dem Gesetz, sondern sei auch innerlich gerecht, was mit dem verschiedentlich übernommenen Satz <sup>3)</sup> begründet wird, Teilnahme an fremder Schuld belaste den Teilnehmer nach dem ihm bekannten Grade dieser Schuld.

Untersucht man diesen sehr eindringlich formulierten Satz genauer, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß er jedenfalls in dieser Form zur Begründung irgendeiner Ansicht nicht herangezogen werden kann. Er würde in dieser Form lediglich eine Wiederholung des strengen Akzessorietätsgrundsatzes enthalten, der durch die kurz vorher erfolgte Neufassung des § 50 durch die VO vom 29.5.43 (RGBl I S.339) und die damit erfolgte Einfügung des Abs. 1 gerade beseitigt werden sollte. Der glatte Widerspruch zum geltenden Recht konnte auch

---

1) Vgl. Lange, JR 1949, S.169 zu Fußnote 29, Claß, NJW 1949, S. 84 in Fußnote 6.

2) Kohlrausch-Lange, 38.Aufl., §§ 211/212 Anm. XII.

3) Vgl. Eb.Schmidt, DRZ 1949, S.273; weiter auch OGHbZSt Bd.1, S.321 ff. (S.328 f.): "Wer in solcher Kenntnis (sc., der die Tötung zum Morde stempelnden Merkmale) derart handelt, dessen Schuld erscheint nicht deswegen geringer, weil er möglicherweise nicht selbst aus Habgier ... (die) Tat ... unterstützt". Es widerspricht der "natürlichen Betrachtung", den Teilnehmer an der von ihm als "besonders verwerflich erkannten Haupttat" milder zu bestrafen. Vgl. ferner OGHbZSt Bd.1, S.95 ff. (S.103).

Kohlrausch, wenn er die fragliche Begründung wirklich in dem durch den Wortlaut nahegelegten Sinn gemeint hätte, nicht entgangen sein <sup>1)</sup>).

Man kann sich weiter fragen, ob die Begründung nicht auf § 50 Abs. 2 zielt, was insbesondere angesichts der Tatsache naheliegt, daß durch § 2 des Gesetzes vom 4.9.41 (RGBl I S.549) das Merkmal der Überlegung in § 211 beseitigt und dem Mordparagraphen die heutige Fassung gegeben wurde. Eine Prüfung, inwieweit die Mordmerkmale "besondere persönliche Eigenschaften und Verhältnisse" i.S. des § 50 Abs. 2 darstellen, lag damit besonders nahe. Es hatte nun Kohlrausch - was hinzu kommt - bereits in der 35. Auflage des Kommentars <sup>2)</sup>, also noch vor Neufassung des § 50, zu der damals gültigen Fassung, die im wesentlichen dem heutigen § 50 Abs. 2 entspricht <sup>3)</sup>, die Auffassung vertreten, Sinn und Zweck des § 50 liege darin, bei Beteiligung mehrerer eine p e r s ö n l i c h e S c h u l d z u -

---

1) Daß hier Kohlrausch's der Schuldteilnahmethorie nahestehende - vgl. Maurach, Allg. Teil, § 50 III D 2, S. 533 - Pflichtverletzungstheorie zugrunde liegt - Sinn und Grund der Teilnehmerstrafe liege nicht nur darin, daß auch der Teilnehmer den Enderfolg bewirke, sondern auch darin, daß er an fremder Pflichtverletzung mitwirke, Kohlrausch-Lange, 37. Aufl., § 50 Anm. 1 und dementsprechend der Sinn des § 50 sei, die Akzessorietät zu lockern, wo sie die persönliche Schuldzurechnung hindern würde, nicht aber dort, wo die Schuld des Teilnehmers gerade in der Förderung fremder Pflichtverletzung liege, Kohlrausch ZAKDR 1939, S. 246, - ist nicht anzunehmen. Kohlrausch hat gerade in der 38. Aufl. des Kommentars, in der sich die zitierte Stelle in Anm. XII zu §§ 211/212 erstmals befindet, seine früher zu § 50 vertretene auf dem Boden seiner Pflichtverletzungstheorie stehende Auffassung im Hinblick auf die inzwischen durch VO v. 29.5.43 limitierte Akzessorietät ausdrücklich aufgegeben. Vgl. Kohlrausch-Lange, 38. Aufl., § 50 Anm. 1, S. 200

2) Kohlrausch-Lange, 35. Aufl., § 50 Anm. 1

3) Vgl. Wortlaut unten S. 123

r e c h n u n g zu ermöglichen. Konsequenter hält Kohlrausch nach Neufassung des § 50 daher dessen Abs.1 als "Programmsatz", der eine nähere Ausgestaltung in Abs. 2 erfahren habe <sup>1)</sup>. Sinn der fraglichen Begründung könnte demnach sein, daß Kohlrausch wegen der "selbständigen Verbrechensnatur" des Mordes die Vorschrift des § 50 A b s . 2 für unanwendbar hält. Doch auch in diesem Falle würde es sich bei dem Satze, "Teilnahme an fremder Schuld belastet den Teilnehmer nach dem ihm bekannten Grade dieser Schuld", in dieser Form nur um eine scheinbare Begründung handeln, denn es wird nicht erklärt, w a r u m im Falle des "selbständigen Verbrechens" § 211, § 50 Abs.2 unanwendbar bleibt. Der Satz würde lediglich die Behauptung enthalten, daß in diesem Falle akzessorische Behandlung eintrete. § 50 Abs. 2 stellt aber gerade eine Ausnahme oder mit Kohlrausch und anderen eine besondere Ausprägung des Abs. 1, jedenfalls aber eine Begrenzung <sup>2)</sup>, der Akzessorietät dar. Eine Begründung muß also darauf abstellen, warum diese Ausnahme oder Begrenzung n i c h t gilt, wenn ein "selbständiges Verbrechen" im Spiel ist. Das mögliche Endergebnis der Überlegung kann dann sein, daß die Ausnahmeregelung unanwendbar ist und der Akzessorietätsgrundsatz uneingeschränkt gilt. Keinesfalls aber

- 
- 1) Kohlrausch-Lange, 38. Aufl., § 50 Anm. 1. Dazu unten S. 72
  - 2) Auf p e r s ö n l i c h e Merkmale, vgl. Kohlrausch-Lange, 38. Aufl., a.a.O.; Lange in Kohlrausch-Lange, 41. Aufl.,: § 50 Abs.2, die "entscheidende Trennungslinie zwischen Tat und Täterelementen". - Daß § 50 Abs.2, wenn auch im "Sinnzusammenhang" mit Abs.1 - Claß, NJW 1949, S.85 - oder auf der "festen Grundlage" des Abs.1 - v.Weber, MDR 1952, S.265 jedenfalls die Akzessorietät einschränkt, ist nirgends bestritten. Darüber, daß § 50 Abs.2 sich richtiger Ansicht nach - Welzel, JZ 1952, S.74 - "ausschließlich auf dem Boden des Unrechtstatbestandes bewegt", ebenso Maurach, Allg.Teil, § 53 III A, S.559 und Mezger in LK, § 50 Anm. 1, vgl. unten S. 72 ff. Mittelmeinung Schönke-Schröder, § 50 Anm. I.

kann die einfache Herausstellung dieses Grundsatzes ohne weiteres eine Begründung ersetzen. So bemerkt denn auch Schröder <sup>1)</sup> nicht zu Unrecht, mit dem schlichten Argument, Teilnahme an fremder größerer Schuld belaste auch den Teilnehmer, "ließe sich schließlich der ganze § 50 Abs. 2 aus den Angeln heben" <sup>2)</sup>.

Eine eingehendere Stellungnahme zu Kohlrausch darf allerdings hier nicht stehen bleiben. Dieser war es, der sich als erster wesentlich um die Herausarbeitung des Gegensatzes: tatmäßig - persönlich in § 50 a.F. und später in § 50 Abs. 2 verdient gemacht hat <sup>3)</sup>. So führt er zu "Sinn und Zweck des § 50" in der 35. Aufl. des Kommentars <sup>4)</sup> aus, die P e r s ö n l i c h - k e i t des Täters solle den Teilnehmer weder belasten, noch entlasten, aber Art und Maß seiner T a t s c h u l d können auf den Teilnehmer ausstrahlen. Der entscheidende Gegensatz liege in § 50 nicht in dem Begriffspaar: dauernd - vorübergehend, das eine am Wortlaut des § 50 orientierte Rechtsprechung bei Auslegung der "Eigenschaften und Verhältnisse" herausgestellt habe, sondern es habe eine Sinnauslegung den Ton auf das Wort "persönliche" zu legen. Im Lichte dieser Ausführungen, die sich in etwas knapperer Form auch noch in der 38. Aufl. finden <sup>5)</sup>, wird der mißverständliche Satz bei Kohlrausch a.a.O. wohl zu lesen sein: "Teilnahme an fremder ' T a t s c h u l d '

---

1) SJZ 1950, Sp. 566 in Fußnote 29

2) Im gleichen Sinne auch Claß, NJW 1949, S.86, Heinitz Festschr., S.114. Vgl. auch Lange, JR 1949, S.167 f. und Teiln., S. 53 ff.

3) Vgl. in ZAkDR 1939, S. 246, Festschr. f.Bumke, S.48 ff., in Kohlrausch-Lange, 35.Aufl., § 50, Anm. 1.

4) Kohlrausch-Lange a.a.O.

5) Kohlrausch-Lange, 38.Aufl., § 50, Anm. 1, S. 199 und Anm. 3, S. 200.

belastet den Teilnehmer nach dem ihn bekannten Grade der Schuld". Eine gewisse Bestätigung findet diese Ansicht darin, daß Kohlrausch fortfährt: "Wer einen anderen - bewußt ! - zu einer innerlich schlechten Tat anstiftet ...". Damit würde jedenfalls ein Widerspruch zum geltenden Recht - immer unter Zugrundelegung von Kohlrausch's Ansicht von Sinn und Zweck des § 50 Abs. 1 und 2 - vermieden. Die weitere Frage wäre, ob hierin ein Argument gegen die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis in der Form zu finden wäre, daß die Aufnahmen persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse in ein del.s.g. diese ihres persönlichen Charakters entkleide, sie also mit Kohlrausch gesprochen nunmehr die "Tatschuld", nicht aber noch die Täterschuld konstituieren <sup>1)</sup>. Dies erscheint angesichts des sehr knappen Textes m.E. zu weit hergeholt, wäre aber immerhin - wie schon gesagt - die einzige Möglichkeit, aus der Begründung Kohlrausch's wirklich ein Argument für diese oder jene Ansicht zur Themafrage herzuleiten.

Dieser Versuch muß aber, was Kohlrausch's Ausführungen zur Teilnahme an Mord und Totschlag a.a.O. anlangt, jedenfalls aus anderem Grunde scheitern. Kohlrausch faßt zwar den Mord als "selbständiges Verbrechen" auf, was man allenfalls mit einem del.s.g. gleichsetzen könnte, wenn Kohlrausch auch den Totschlag nunmehr als "selbständiges Verbrechen" auffassen würde. Im Verhältnis zu § 211 soll der Totschlag jedoch ein "Fall verminderter Strafbarkeit" sein <sup>2)</sup> und § 211 - wörtlich! - der "Grundtatbestand". Für den unter den Voraussetzungen des § 211 handelnden Teilnehmer am Totschlag solle daher § 50 Abs. 2 gelten, ihm solle

---

1) Vgl. dazu unten S. 87 ff.

2) Kohlrausch-Lange, 38.Aufl., §§ 211/212, Anm. XII, S. 477.

also die Strafmilderung des § 212 nicht zugute kommen <sup>1)</sup>. Angesichts dieser Ausführungen fragt man sich vergeblich, wie hieraus Argumente für oder gegen die Anwendbarkeit des § 50 auf *d e l i c t a s u i g e n e r i s* gezogen werden konnten. Tatsächlich spricht hier Kohlrausch gerade das Verhältnis: Grundtatbestand - un-selbständige tatbestandliche Abwandlung an, auf das die Anwendung des § 50 Abs. 2 nicht bestritten ist.

In einem Urteil des RG <sup>2)</sup> gewidmeten Anmerkung <sup>3)</sup> nahm Kohlrausch zum § 217 im übrigen noch einen von seiner Stellungnahme zu § 2 der VO gegen die Volksschädlinge abweichenden Standpunkt ein. Er führt aus, die Frage, ob ein Gehilfe bei einer Kindstötung "trotz § 217/49" gemäß § 50 aus den §§ 211/212 bestraft werden könne, werde von der h.L. bejaht. Dem werde man "vernünftigerweise" folgen müssen, "obwohl die Sonderverbrechensnatur der Kindstötung zweifeln machen könnte". Das Verdienst Kohlrausch's liegt darin, daß er immerhin gegenüber einer sonst weitgehend kritiklos übernommenen "ständigen Rechtsprechung" Zweifel anmeldete. Eine von seinem Standpunkt aus befriedigendere Lösung bahnte er in der 37. Auflage des Kommentars <sup>4)</sup> an, wo er es bereits als "unvereinbar" mit der von der h.L. angenommenen Sonderverbrechensnatur des § 217 be-

---

1) Daß Teilnehmer am Mord, die isoliert betrachtet unter die "strafmildernden Voraussetzungen" des § 212 fallen würden, trotz § 50 Abs. 2 akzessorisch behandelt werden sollen, ist eine Inkonssequenz, die u.a. auch Eb.Schmidt, DRZ 1949, S.273 entgangen ist.

2) RG ZAKDR 1939, S.244 f.

3) ZAKDR 1939, S.245.

4) Kohlrausch-Lange, 37.Aufl., § 217, Anm. 1; in gleicher Auflage findet sich allerdings noch-§ 50 Anm. 3 - die Eigenschaft als uneheliche Mutter als Strafmilderungsgrund aufgeführt, "obwohl (sc., § 217) streng genommen nicht ein minder strafbarer Mord oder Totschlag, sondern Sonderdelikt".

zeichnet, § 50 anzuwenden. Richtiger sei es, in § 217 eine "Stufe in der Skala der Strafminderungsgründe" zu sehen, "die vom 'Mord' abwärtsführen" und so das einzig befriedigende Ergebnis der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf § 217 auf einem dogmatisch einwandfreieren Wege zu gewinnen.

V. L i s z t <sup>1)</sup> war überhaupt der erste, der gegenüber der herrschenden Ansicht, die im § 217 ein del. s.g. sah, gleichwohl aber § 50 Abs. 2 anwendete, "ein wenig beachtetes Bedenken" vorbrachte. Wenn wirklich die Kindstötung ein selbständiges Delikt sei, dann seien "sämtliche Tatbestandsmerkmale konstitutiv, d.h. sie müssen bei der Tütertät vorliegen, um auf die Teilnehmer angewendet zu werden und können auf diese Anwendung nur finden, wenn sie in der Tat des Täters Verwirklichung gefunden haben". Gegen diese Ansicht lasse sich § 50 überhaupt nicht ins Feld führen, "denn, ob es sich um einen persönlichen Milderungsgrund handelt oder nicht, ist eben die Streitfrage".

Die ausführlichsten Darstellungen hat M a u r a c h der Themafrage gewidmet. Er hält die Anwendung des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis grundsätzlich für unzulässig. Dies aus zwei Gründen: Zum ersten stünden angesichts des Charakters eines eigenständigen Verbrechens als eines aliud gegenüber dem "Normaltatbestand" der Anwendung des § 50 Abs. 2 konstruktiv dogmatische Bedenken entgegen, "da die durch die Schaffung eines Sondertatbestandes bedingte Wesensänderung des Ausgangstatbestandes" ein "Fort- oder Hinzudenken einzelner Tatbestandsmerkmale", wie dies § 50 Abs. 2 voraussetze, unmöglich mache <sup>2)</sup>. Des weiteren beruft

---

1) VDA BT Bd.5, S.123

2) Maurach in Materialien, S. 254, ebenso Allg.Teil, § 53 III B 2 a, S. 562

sich Maurach zur Stützung seiner Ansicht auf den mit der Schaffung eines del.s.g. verfolgten Zweck. Mit der Schaffung eines del.s.g. wolle der Gesetzgeber gerade "die Bedingtheit der neuen Verbrechenfigur von tat- nicht täterschaftlichen Merkmalen betonen". <sup>1)</sup> Dem stünde klar der Zweck des persönlich orientierten § 50 Abs. 2 entgegen, der die Akzessorietät ausnahmsweise für gewisse rein täterschaftliche Merkmale auflockern wolle. Allerdings - meint Maurach - "würde die richtige Betrachtung des Verhältnisses zwischen Abwandlung und eigenständigem Delikt einen großen Teil der Kontroverse erledigen" <sup>2)</sup>.

In Übereinstimmung mit dieser Grundauffassung von der Unanwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis stehen die Ausführungen Maurachs zu den entsprechenden einzelnen Tatbeständen des besonderen Teils <sup>3)</sup>. Im Hinblick auf das bei konsequenter Durchführung seiner Auffassung ihm offensichtlich unbefriedigend erscheinende Ergebnis schlägt Maurach de lege ferenda vor, die Notentwendung zu einer unselbstständigen tatbestandlichen Abwandlung umzuformen <sup>4)</sup>.

N a g l e r hat in einer Reihe von Aufsätzen versucht, den Begriff des del.s.g. schärfer herauszuarbeiten, als das bisher geschehen war <sup>5)</sup>. Er hat sich dabei dem An-

---

1) Allg. Teil a.a.O.

2) Allg. Teil a.a.O.

3) Vgl. zu § 181: Bes. Teil, § 50 IV A 3d, S. 403; zu § 223b, Bes. Teil, § 10 I, S. 87; vgl. auch zu § 217: Bes. Teil, § 2 IV C 4, S. 39/40; zu § 216: Bes. Teil, § 2 IV B, S. 35/36; zu §§ 211/212: Bes. Teil, § 2 III C 2, S. 32; zu § 218: Bes. Teil, § 6 III A 1, S. 64.

4) In Materialien, S. 254

5) ZAkDR 1940, S. 219 ff., S. 365 ff., S. 383 ff.; ZAkDR 1942, S. 195 ff., S. 228 ff.

laß entsprechend <sup>1)</sup> mehr mit der Frage befaßt, w a n n ein del.s.g. als vorliegend angesehen werden kann, als damit, welche Folgerungen im einzelnen sich an die Einordnung eines Tatbestandes als del.s.g. knüpfen. Über die Themafrage ist daher bei Nagler a.a.O. auch nichts ausdrücklich enthalten. Die von ihm wohl als selbstverständlich angesehene Folgerung, daß § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis unanwendbar bleiben müsse, geht allerdings aus zwei weiteren Fällen hervor. So führt er in LK zu § 248a aus <sup>2)</sup>, Teilnehmer, die nicht aus Not gehandelt hätten, fielen gemäß § 50 Abs. 2 nicht unter § 248a und fügt hinzu, dies müsse "natürlich" von allen bestritten werden, die ein eigenständiges Delikt annehmen. An anderer Stelle <sup>3)</sup> bemerkt er kritisch, Verschiedene erklärten sich für die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 "sogar vom Boden der Eigenständigkeitstheorie aus", worin er offensichtlich eine Inkonsequenz erblickt.

O l s h a u s e n <sup>4)</sup> betrachtet § 248a als "selbständiges Vergehen". Er begründet dies mit der Wahl des Wortes "Entwendung" und mit Abs.3, "der sich erübrigt hätte, wenn § 248a nur privilegierte Fälle des Diebstahls hätte aufstellen wollen". Zur Frage der Teilnahme führt er aus, die Bestrafung der Teilnehmer erfolge "bei der Selbständigkeit des Vergehens" nach den allgemeinen Regeln. Von einer Anwendung des § 50 könne "keine Rede sein" <sup>5)</sup>. Eine nähere Begründung bleibt Olshausen auch zu § 50 schuldig. Dagegen findet er gerade dort nichts

---

1) Es handelte sich um die damals sehr umstrittene Frage, ob § 4 der VO gegen die Volksschädlinge ein eigenständiges Delikt darstelle.

2) LK, 6./7. Aufl., § 248a, Anm. 1

3) LK-Nagler, 6./7.Aufl., § 217 Anm. V

4) In Olshausen, 10.Aufl., § 248a Anm. 1, vgl. auch Anm. 6 zu § 264a, den Olshausen ebenfalls als selbständiges Vergehen bezeichnet und konsequent die gleiche Teilnahmeregelung vertritt.

5) Olshausen, § 248a, Anm. 8.

an der Rechtsprechung des RG zu § 217 insbesondere an RGSt Bd.2, S.153 ff., wo § 50 a.F. für anwendbar erklärt wird <sup>1)</sup>, obwohl er zu § 217 die Auffassung vertritt, es handle sich ebenfalls um ein "selbständiges Delikt" <sup>2) 3)</sup>.

S a u e r <sup>4)</sup> spricht von der "methodisch wie sachlich bedenklichen" Neigung, das Gebiet der strafändernden Umstände auf Kosten der strafbegründenden Umstände, - die er den "Sonderdelikten" gleichsetzt, - zu erweitern, "um sich die von § 50 gewährte freiere Anwendung gegenüber dem Akzessorietätsgrundsatz zu sichern". Daraus ist wohl zu entnehmen, daß Sauer § 50 Abs. 2 auf "Sonderdelikte" für unanwendbar hält.

S a x <sup>5)</sup> läßt ebenfalls seine Einstellung zur Themafrage mehr zwischen den Zeilen erkennen. Zu dem bereits mehrfach angeführten Urteil des BGH im 1.Band, das Mord und Totschlag als "zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt" qualifiziert, bemerkt er, damit entfalle "natürlich" die "Frage nach dem für sie maßgeblichen Grundtatbestand". "§ 50 Abs.2 kann dann nicht bedeutsam sein". Offenbar will auch er unter den strafändernden Umständen des § 50 Abs. 2 nur das technische Verhältnis: Grundtatbestand - unselbständige tatbestandliche Abwandlung verstanden wissen.

Eb. S c h m i d t bemerkt zu § 216, wer in dieser Vorschrift ein aus den §§ 211, 212 völlig herausgelöstes

---

1) Vgl. Olshausen, § 50, Anm. 8

2) § 217, Anm. 1 und 6

3) Der gleiche Widerspruch ist auch in der nicht mehr von Olshausen persönlich besorgten 11. Aufl. des Kommentars enthalten, wo diese Inkonsequenz allenfalls durch die Verschiedenheit der Bearbeiter in § 50 Anm. 4 II d (Niethammer) und § 248a, Anm. 8 (Gutjahr) entschuldigt wird.

4) AllgStrRL S.228

5) ZStW Bd. 64, S. 397.

del.s.g. sehe, "müsste den Teilnehmer immer ohne Rücksicht auf § 50 Abs. 2 aus § 216 haften lassen" <sup>1)</sup>. Eine nähere Begründung gibt er nicht und hat auch andernorts zur Themafrage keine Stellung bezogen. Dagegen hält er - wie schon in anderem Zusammenhang erwähnt - an anderer Stelle <sup>2)</sup> den Begriff des "selbständigen Verbrechens" für "so wenig klar", daß er ihn am liebsten aus allen Erörterungen über die Teilnahme an Tötungsdelikten ausgeschaltet sehen möchte. Entscheidend sei nur, daß der Mord im Gefüge der vorsätzlichen Tötungsdelikte den "Grund- und Ausgangstatbestand" <sup>3)</sup> darstelle. Wenn damit der "Grundtatbestand" im technischen und herkömmlichen Sinne gemeint sein sollte, wäre ein Widerspruch zu der zuerst angeführten Stelle nicht festzustellen. Sollte allerdings Eb. Schmidt, wofür die Hinzufügung "... - und Ausgangstatbestand" zu sprechen scheint, hier wie andere ohne Rücksicht auf "generelle konstruktive Erwägungen" <sup>4)</sup>, also insbesondere ohne Rücksicht auf die Einordnung eines Tatbestandes als unselbständige tatbestandliche Abwandlung oder del.s.g. die Teilnahmeprobleme (insbes. die Anwendbarkeit des § 50 Abs.2) lösen wollen, so wäre eben dieser Widerspruch gegeben und die ohnehin äußerst knappe Stellungnahme unter ein Fragezeichen zu stellen.

Der Ansicht, daß § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis unanwendbar sei, scheint letztlich W e l z e l zu sein, wenn er § 217 als Privilegierung einstuft und dazu ausführt <sup>5)</sup>, "nur daraus lassen sich die Konse-

---

1) DRZ 1949, S. 274 Fußnote 16

2) SJZ 1949, S. 562

3) Eine Formulierung, die Eb.Schmidt häufiger verwendet, vgl. DRZ 1949, S. 272

4) Wie Lange dies in JR 1949, S. 169 formuliert

5) Lb S. 238

quenzen für ... die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 erklären" und an anderer Stelle davon spricht <sup>1)</sup>, § 50 Abs. 2 regle die Frage, "welcher Tatbestand - der Grundtatbestand oder der qualifizierte oder privilegierte Tatbestand - " auf den Beteiligten anwendbar sei <sup>2)</sup>.

## 2. Abschnitt

### EIGENE LÖSUNG

#### I. Kapitel

#### Erörterung des Problems

##### Vorbemerkung

Im folgenden sollen die verschiedenen Argumente, die für und wider die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis sprechen könnten, geprüft werden. Dabei ist vor auszuschicken: Jede Argumentation baut letztlich auf einer Zergliederung einer in wenige Worte zu fassenden begründeten Überzeugung auf. Je genauer und eingehender eine Untersuchung angestellt wird, desto feinkörniger wird notwendig die Materie der Argumentation. So ist es möglich, daß ein Argument verschiedene Schichten aufweist, die in kürzerer Erörterung nicht offengelegt zu werden brauchen. Das wird im folgenden auch hier festzustellen sein. Gewisse Grundgedanken werden in verschiedenen Zusammenhängen mehrfach isoliert auf-

---

1) LB S.104

2) Ob allerdings damit eine Stellungnahme zur Themafrage abgegeben sein sollte, könnte - isoliert betrachtet - wegen des mehr anmerkungsweisen Charakters der Erwähnung ebenso zweifelhaft sein wie in der oben zitierten Entscheidung des RG i.28.Bd., S.100 ff.

tauchen. Dies ist eine Folge der Arbeitsmethode. Der Sache nach durchdringen und bedingen sich alle Argumente. Sie sind "interdependent".

1. Läßt sich ein historisches Argument begründen?

a) Zur historischen Methode, Allgemeines

Ehe man an eine Untersuchung, insbesondere die Auslegung einer Vorschrift geht, sollte man sich über Umfang und Grenzen der angewandten Methode klar sein. Was den Versuch anlangt, hier mit Hilfe der historischen Methode zur Lösung der Themafrage beizutragen, so sind nach zwei Richtungen hin Einschränkungen zu beachten. Es sind zum ersten ganz allgemein Argumente aus der Geschichte einer Bestimmung von mitunter recht zweifelhaftem Wert. Schon um den immer neuen Stoff, den die stetige Veränderung der Lebensumstände und -gewohnheiten an das Recht heranträgt, mit Hilfe der bestehenden Gesetze rechtlich zu ordnen, ist die Auslegung gehalten, den Gesetzesinhalt zu objektivieren und aus den geschichtlich begründeten Zusammenhängen weitgehend herauszulösen. In der Geschichte begründete Argumente können daher gegenüber Ergebnissen, die eine am objektivierten Gesetzesinhalt orientierte Interpretation zu Tage fördert, nicht schwer ins Gewicht fallen. Die historische Auslegung ist ein "Hilfsmittel letzten Ranges" <sup>1)</sup>. Gleichwohl vermag aber unter diesen Vorbehalten die geschichtliche Auslegung in manchem Falle nützliche Dienste leisten und einen im Wortlaut des Gesetzes unvollkommen zu Tage tretenden Sinn erhellen.

Noch in einer zweiten Richtung jedoch könnten sich hier Bedenken erheben: Ob nämlich speziell im Falle des § 50 Abs. 2 von einer geschichtlichen Auslegung praktisch verwertbare Ergebnisse zu erwarten wären. Das hat

---

1) Maurach, Allg. Teil, § 9 B 1, S. 80

Cohn <sup>1)</sup> bestritten mit der Begründung, § 50 enthalte eine "Anomalie", bei der die Motive nur so weit verwertbar seien, als sie erkennen ließen, worauf der Gesetzgeber eigentlich hinaus wolle. Insbesondere aber auf § 82 des Bremischen Entwurfes von 1868, auf den der erste Entwurf zum RStGB Bezug nimmt, könne sich eine Auslegung des § 50 umsoweniger berufen, als der zweite Entwurf hierauf nicht zurückkomme. Den Beweis für die Behauptung, daß bei Vorliegen einer "anormalen" Gesetzesbestimmung dem Rückgriff auf die Motive und den weiteren geschichtlichen Werdegang engere Grenzen gesetzt seien, bleibt Cohn allerdings schuldig. Im übrigen haben fast sämtliche Erörterungen, die sich näher mit der Bestimmung des § 50 befaßten, ihren geschichtlichen Werdegang untersucht und geprüft, inwieweit sich hieraus Anhaltspunkte für die Auslegung ergeben <sup>2)</sup>. Es soll hier ebenso verfahren werden.

#### b) Erörterung

§ 41 Abs. 3 des Entwurfes I, der sich nur unwesentlich in der Formulierung von den darauffolgenden Entwürfen II und III unterschied <sup>3)</sup>, lautete:

"Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer That wegen besonderer in der Person des Thäters liegender Eigenschaften oder Verhältnisse erhöht oder vermindert, so sind diese die besondere Strafbarkeit bedingten Umstände nur bei demjenigen Thäter oder Theilnehmer in Betracht zu ziehen, bei dem sie vorliegen".

Die Motive zu dieser Vorschrift ergeben für die Themafrage nichts. In ihnen heißt es:

---

1) GS Bd. 87, S.352/353

2) Vgl. insbes. die Ausführungen des Oberreichsanwalts in RGSt Bd.25, S.269 ff.

3) Vgl. E II: § 48, E III: § 50.

"Der Schlußabsatz des § 41, welcher Vorschriften darüber giebt, welchen Einfluß persönliche Eigenschaften des Thäters oder des Theilnehmers auf die Strafbarkeit ausüben, will die bekannte Kontroverse im Sinne des Bremischen Entwurfes von 1868, § 62 entscheiden. Diese Bestimmung enthält eine weitere Modifikation des an die Spitze des Paragraphen gestellten Grundsatzes (sc., des Akzessorietätsprinzips) und entspricht damit derjenigen Auffassung, von welcher das preußische Strafgesetzbuch bei den für den Kindsmord und den von Ascendenten gegen Kinder verübten Diebstahl gegebenen Bestimmungen ausgegangen ist ... zur Begründung der Bestimmung kann hier auf die Bremischen Motive 1868 § 47 ff. Bezug genommen werden".

§ 82 des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für Bremen, 1868 lautete:

"Die auf die Strafbarkeit der That Einfluß übenden besonderen Umstände, welche nur in der Person des einen oder anderen Urhebers oder Theilnehmers vorhanden sind, sollen bei der Beurteilung der Strafbarkeit der Übrigen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile derselben in Betracht gezogen werden, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt".

An dieser Bestimmung ist im Vergleich mit den späteren Bestimmungen in den Entwürfen wie auch im Vergleich mit § 50 des späteren RStGB bemerkenswert, daß hier pauschal alle auf die Strafbarkeit der Tat "Einfluß übenden besonderen Umstände" eine Durchbrechung der Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat herbeiführen. Damit wird das hier zu untersuchende Problem aber entschärft. Wie auch die Motive ergeben <sup>1)</sup>, fallen unterschiedslos "strafbegründende" also auch strafbedingende Um-

---

1) Abgedruckt in RGSt Bd.25, S.271 f. und bei Redslob StrAbh. Heft 97, S.6 f.

stände <sup>1)</sup> unter die äußerst weitgezogene Formulierung. Das bedeutet also, daß die Akzessorietät selbst bei einem mit keiner anderen Bestimmung verwandten Delikt beseitigt wäre, wenn in diesem nur irgendwie besondere persönliche Umstände auf die Strafbarkeit "Einfluß üben", der Teilnehmer demnach, da ein für ihn sonst einschlagender Tatbestand nicht zu finden wäre, straflos bleiben müßte. Da sonach sogar in dem äußersten Falle der Eigenständigkeit eines Delikts, nämlich im Fall des "isolierten" del.s.g., die Bestimmung des § 82 anwendbar wäre, wäre sie es erst recht im Falle einer nahen "Verwandtschaft" des durch persönliche Eigenschaften und Verhältnisse ausgezeichneten Delikts mit einem anderen. Die Art der Beziehung kann in diesem Falle keine Rolle spielen, insbesondere nicht die Frage, ob das Delikt sich als unselbständige tatbestandliche Abwandlung oder als del.s.g. darstellt. In beiden Fällen würden jedenfalls besondere persönliche Umstände auf die Strafbarkeit "Einfluß üben", und damit wäre § 82 anwendbar. Ob für den Teilnehmer im übrigen eine Strafbestimmung gefunden werden könnte, wäre eine weitere von der Anwendung des § 82 zu trennende isolierte Subsumtionsfrage, die sich nach den bestehenden Normen zu richten hätte. Da also diese Bestimmung ein irgendwie geartetes Verhältnis zweier Delikte nicht voraussetzt, kann die Frage nach der Art dieses Verhältnisses hier gar nicht entstehen. Erst in § 41 Abs. 3 des Entwurfes I wird von persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen gesprochen, die "die Strafbarkeit" "erhöhen" oder "vermindern". Erst diese Art der Konstruktion der Vorschrift impliziert logisch das Vorhandensein eines "Ausgangstatbestandes" <sup>2)</sup> und damit die weitere Frage nach der Natur des Verhältnisses zwischen der in der Strafbarkei

---

1) Dazu unten S. 90

2) Vgl. unten S. 92

erhöhten (oder verminderten) und der in der Strafbarkeit nicht erhöhten (oder verminderten) "normalen" Strafbestimmung, also insbesondere auch die Themafrage, ob davon gesprochen werden könne, daß "persönliche" Merkmale "die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen" (so heute § 50 Abs. 2), wenn diese in einem del.s.g. Aufnahme gefunden haben. Aus der Verweisung der Motive auf § 82 und die Motive hierzu ist sonach bei der ganz anderen Strukturierung dieser Vorschrift nichts zu entnehmen.

Verschafft man sich einen Überblick über die Partikulargesetzgebung zur Zeit vor Entstehung des Reichsstrafgesetzbuches, soweit sie eine dem § 50 Abs.2 entsprechende Regelung aufwies <sup>1)</sup>, so fällt eine Bestimmung des Sächsischen Strafgesetzbuches von 1855 (ebenso 1868) auf. In Art. 55 <sup>2)</sup> Abs. 3 Satz 1 ist dort bestimmt:

"Hat die That nach den persönlichen Verhältnissen des Urhebers eine andere strafrechtliche Natur als nach denen des Gehülfen, so richtet sich die Strafe des Gehülfen nach demjenigen Verbrechen, welches dem Urheber nach dessen Verhältnissen zur Last fällt, gesetzt auch, daß die That durch die persönlichen Verhältnisse des Urhebers erst strafbar geworden ist".

Abs. 4 der Vorschrift lautet:

"Milderungsgründe und Erschwerungsgründe, welche sich auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Urhebers gründen, ohne der That selbst nach diesem Gesetzbuche eine andere strafrechtliche Natur beizulegen, ingleichen Strafausschliessungsgründe, welche sich auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Urhebers gründen, kommen bei Beurteilung des Gehülfen nicht in Betracht".

---

1) Vgl. Bremen (1868) § 82, Hamburg (1869) Art. 51, Sachsen (1855) (ebenso 1868) Art. 51, 55, 56; das Preuß.StGB 1851 enthielt keine dem § 50 Abs. 2 entsprechende Bestimmung, sondern lediglich in den §§ 180 und 228 Abs. 2 Spezialregelungen.

2) Abgedruckt in Krug Comm.

Art. 65 Abs.1 dehnt diese Vorschriften auf Anstifter aus, womit sie also für die Teilnahme i.e.S. schlechthin gelten. Entkleidet man sie der etwas ungewohnten äußeren Form und untersucht sie auf ihren rechtlichen Gehalt, so ergibt sich aus ihnen eine Regelung, die sich in folgende Rechtssätze zusammenfassen läßt:

1. Ist die Tat nach den persönlichen Verhältnissen des Urhebers "erst strafbar geworden" (strafbedingende persönliche Merkmale), so tritt akzessorische Behandlung ein 1).
2. Verleihen die persönlichen Verhältnisse des Urhebers der Tat eine "andere strafrechtliche Natur" (del.s. g.2)) als sie dies nach den persönlichen Verhältnissen des Urhebers haben würde, so tritt ebenfalls akzessorische Behandlung ein 3).
3. Mildern oder erschweren persönliche Eigenschaften und Verhältnisse die Strafe des Urhebers, "ohne der Tat nach dem Strafgesetzbuche eine andere strafrechtliche Natur beizulegen" (unselbständige tatbestandliche Abwandlungen), so sind Teilnehmer entsprechend ihren eigenen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu bestrafen. Gleiches gilt für strafausschließende Eigenschaften 4).

Wie schon vermerkt, interessieren im Rahmen der Themafrage vornehmlich die Regeln unter 2. und 3. Das Erstaunliche hieran ist, daß damit in der Art. 55 ff. des Sächsischen Strafgesetzbuches eine gesetzlich normierte Lösung der Themafrage existiert hat. Was bereits der Wortlaut nahelegt, daß nämlich mit dem Ausdruck "andere

---

1) Art. 55 Abs. 3 Satz 1 a.E. Dieser Fall interessiert im Rahmen der Themafrage nicht, da es sich hier um "isolierte" in keinem "Verwandtschaftsverhältnis" stehende delicta sui generis handelt. Akzessorische Behandlung ist heute selbstverständlich. De lege lata zum Teil a.A. aus Billigkeitsgründen nur Mezger, vgl. in LK § 50 Anm. 13 und DStrR 1943, S. 125. De lege ferenda wird eine obligatorische Strafmilderung vorgeschlagen, vgl. § 33 Abs.1 des Entwurfes

2) Dazu weiter unten

3) Art. 55 Abs. 3

4) Art. 55 Abs. 4

strafrechtliche Natur" sachlich der heutige Begriff des del.s.g. angesprochen sein sollte <sup>1)</sup>, bestätigt eine nähere Untersuchung. So führt Krug dazu aus <sup>2)</sup>, in manchen Fällen könne es "zweifelhaft scheinen", ob durch die persönlichen Verhältnisse die strafrechtliche Natur des Verbrechens verändert werde oder nicht, wie z.B. beim Verwandtendiebstahl. Allein die geringere Strafe dieses Verbrechens beruhe nicht sowohl auf rein persönlichen Rücksichten, als auf einer "gewissen Gemeinsamkeit des Familienvermögens". Auch sei dasselbe in Art.302 mit einem eigenen Namen als "Entfremdung" bezeichnet, was gleichfalls für die besondere strafrechtliche Natur spreche. Die Parallele zu dem Streit um die Rechtsnatur mancher heutiger Vorschriften, wie der §§ 211/212, 248a, 370 Abs. 1 Ziff.5 StGB ist mit den Händen zu greifen. Auch damals tauchten Abgrenzungsschwierigkeiten auf, auch damals verhalfen die gleichen Methoden zu einer Lösung der Fragen. War es damals die Wahl der Bezeichnung "Entfremdung" beim Verwandtendiebstahl nach damaligem Recht, so ist es heute die Wahl des Ausdrucks "Entwendung" beim Notdiebstahl des § 248a StGB, die ein Indiz für den eigenständigen Charakter des Delikts, seine "besondere strafrechtliche Natur" abgibt. Vollends fällt auf, wie ähnlich die Argumentation ist, wenn Krug die Anwendbarkeit des Art. 55 Abs. 1 auf die "Entfremdung" bejaht - das heißt also, akzesessorische Behandlung für geboten erachtet - im Hinblick darauf, daß die geringere Strafe des Art. 302 nicht nur auf "persönliche Rücksichten", sondern auch auf gewisse sachliche Momente zurückzuführen sei, und Maurach heute <sup>3)</sup> die Anwendbarkeit des § 50 Abs.2 auf

---

1) Vgl. die eingangs gegebene Begriffsbestimmung. Die Formulierung trifft den Kern der Sache.

2) Comm., Art. 55, Anm. 4a

3) Allg.Teil, § 53 III B 2a, S. 562.

delicta sui generis ablehnt, da durch die Schaffung eines del.s.g. der Gesetzgeber "gerade die Bedingtheit von tat- nicht von täterschaftlichen Merkmalen" betonen wollte <sup>1)</sup>.

Kann nach alledem nicht mehr zweifelhaft sein, daß in den zitierten Artikeln des Sächsischen Strafgesetzbuches eine gesetzliche Regelung der Themafrage enthalten ist, und eine dem § 50 Abs. 2 gleichzustellende Vorschrift ausdrücklich auf delicta sui generis für unanwendbar erklärt wird, so fragt sich, was daraus für die vorliegende Untersuchung entnommen werden kann. Ein Bindeglied zwischen dieser frühen Partikulargesetzgebung und dem RStGB läßt sich nicht finden. Die Motive zum StGB ergeben, wie schon dargelegt, außer einer gegenstandslosen Verweisung auf die Motive zum Bremischen Entwurf 1868 nichts. Ein Argument aus der Geschichte der Vorschrift des § 50 Abs. 2 läßt sich auf diesem Wege sonach nicht gewinnen. Immerhin möchte ich jedoch - ohne vorzugreifen - annehmen, daß dieses einzige Beispiel einer gesetzlichen Regelung des in Frage stehenden Problems einen gewissen Anhaltspunkt dafür gibt, wie die Lösung - ausgehend von einer grundsätzlichen Aufrechterhaltung des Akzessorietätsgrundsatzes auch für personenbezogene Tatmerkmale - dogmatisch bedenkenfrei aussehen muß. Die weitere Untersuchung wird zeigen, inwieweit der hier gefundene schwache Anhaltspunkt durch andere Gründe bestätigt werden kann.

---

1) Dazu unten S. 97 ff.

2. Erfordert die Anwendung des § 50 Abs. 2, daß die betreffenden Tatbestände nach Hinwegdenken der persönlichen Merkmale in ihrer äußeren Formulierung übereinstimmen?

Wenn besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so ordnet § 50 Abs. 2 als Rechtsfolge an, es solle dies nur für den Täter oder Teilnehmer gelten, bei dem sie vorliegen. Das bedeutet für den Gang der Überlegungen bei der Anwendung dieser Bestimmung: Weist der Täter besondere im Gesetz vertyppte persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse auf, nicht aber der Teilnehmer, so ist festzustellen, ob ein Tatbestand besteht, der unmittelbar für den Teilnehmer einschlägt, also die beim Täter vorliegenden besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse tatbestandsmäßig **n i c h t** erfordert. Weist dagegen der Teilnehmer besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse auf, nicht jedoch der Täter, so ist festzustellen, ob ein Tatbestand besteht, der die beim Teilnehmer vorliegenden besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse **vertyp**t <sup>1)</sup>.

Die logische Operation bei der Anwendung des § 50 Abs. 2 liegt demnach im ersten Falle in einem **H i n w e g - d e n k e n** der beim Täter vorliegenden besonderen persönlichen Merkmale von dem für diesen gefundenen Tatbestande, im zweiten Falle in einem **H i n z u - d e n k e n** der beim Teilnehmer vorliegenden besonderen persönlichen Merkmale zu dem für den Täter gefundenen Tatbestande <sup>2)</sup>. Da die besonderen persönlichen

---

1) Dieses Ergebnis wollte Binding, Grundriß, S.176 nur im Wege der Analogie gewinnen. Daß § 50 Abs. 2 für Täter und Teilnehmer in gleicher Weise gilt, ist heute ganz h.A.; noch ausdrücklich diese Frage behandelnd vgl.: Doerr, Seuff.Bl.Bd.71, S.342 f., Redslob, StrAbh. Heft 97, S.12, Krug, StrAbh. Heft 24, S.15.

2) Vgl. Maurach, Allg. Teil, § 53 III B 2 a, S.562, und derselbe in Materialien, S. 254.

Eigenschaften oder Verhältnisse tatbestandlich ver-  
typt sein müssen, um überhaupt strafrechtlich irgendwie  
relevant zu werden, setzt die Anwendung des § 50 Abs. 2  
demnach ein "Addieren" oder "Subtrahieren" von Tatbe-  
standsmerkmalen voraus.

Die Struktur der Vorschrift des § 50 Abs. 2 verlangt  
also Tatbestände, die in einem bestimmten "Plus-Minus"-  
Verhältnis stehen. Angesichts dieses Umstandes fragt  
es sich, ob § 50 Abs. 2 auch dann noch angewendet werden  
kann, wenn nach erfolgtem Hinzu- oder Hinwegdenken ein  
anderer gesetzlicher Tatbestand in "reiner, strafrecht-  
lich einwandfreier Form" <sup>1)</sup> nicht zu erhalten wäre, also  
nicht wortwörtlich sich ein anderer bekannter Tatbe-  
stand herauschälen würde <sup>2)</sup>. Bei der Bildung eines  
del.s.g. liegt es nun gerade im Interesse einer  
Abschichtung von unselbständigen tatbestandlichen  
Abwandlungen, in der Formulierung des Tatbestandes jede  
Anleihe oder Bezugnahme auf den Tatbestand, von dem  
sich das del.s.g. als "eigenständig" emanzipiert hat,  
zu vermeiden. Dies wird insbesondere de lege ferenda  
vorgeschlagen <sup>3)</sup>, ist aber auch de lege lata verschie-  
dentlich verwirklicht, - und damit wird die Frage für  
die vorliegende Untersuchung wesentlich. So weichen  
etwa die §§ 265a und 264a deutlich von der Form des  
§ 263 ab. Insbesondere der im Zusammenhang der Thema-  
frage interessierende § 248a weist in der Wahl des  
Ausdrucks "entwendet" gegenüber dem einfachen Diebstahl  
in § 242 eine wesentliche sprachliche Verschiebung

---

1) Maurach, Materialien, S. 254.

2) Dieses Argument scheint auch bei Maurach a.a.O.  
mit enthalten zu sein, wenn es auch dort, verbunden  
mit dem Hinweis auf die "durch Schaffung eines Son-  
dertatbestandes bedingte Wesensänderung des Ausgangs-  
tatbestandes" auftritt und nicht ausschließlich die  
Frage im Rahmen des § 50 Abs. 2 und seiner inhalt-  
lichen Voraussetzungen untersucht wird.

3) Vgl. Maurach, Materialien, S. 257.

auf <sup>1)</sup>. Es würde in diesem Falle nach Anwendung des § 50 Abs. 2 ein Konglomerat übrig bleiben, das keinesfalls - angenommen, es handelte sich um einen Diebstahl - dem "reinen" Wortlaut des § 242 entspräche.

Veranschaulicht man sich die aufgeworfene Frage von Unwesentlichem entkleidet an einem gedanklichen Beispiel, so würde eine entsprechende Vorschrift lauten:

§ x: Wenn a als b c bewirkt, so soll er bestraft werden,

wobei unter "b" eine besondere persönliche Eigenschaft oder ein besonderes persönliches Verhältnis zu verstehen ist. Würde nun "c" logisch das Merkmal "d" des Tatbestandes des § y und das Merkmal "e" des Tatbestandes des § z einschließen <sup>2)</sup>, so würde ein Hinwegdenken von "b" als "Differenz" ergeben:

Wenn a ... c bewirkt, so soll er bestraft werden,

wobei die Handlung d ebenso wie die Handlung e das Tatbestandsmerkmal c zu erfüllen im Stande wären. Gibt es nun aber keinen Tatbestand dieser Art, sondern nur die beiden anderen Tatbestände, die anstelle von "c" die Tatbestandsmerkmale "d" oder "e" aufweisen, so stellt sich die Frage, ob die Tatbestände y oder z angewandt werden können, je nach dem, ob die konkret vorliegende Handlung die Tatbestandsmerkmale "d" oder "e" erfüllt, oder ob es mangels Möglichkeit der "Subtraktion" auch für den Teilnehmer beim Tatbestande des § x verbleiben muß. - Ersteres ist zu bejahen. Da "c" gegenüber "d" und "e" das übergreifende Merkmal ist,

---

1) Wenn auch Maurach - Materialien, S. 258 - gerade bei § 248a noch eine präzisere Fassung für erwünscht hält.

2) So wäre es beispielsweise möglich, durch die Wahl des Wortes "sich aneignen" die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung, nämlich der Zueignung mit und ohne Gewahrsamsbruch, aufzuheben.

ergibt sich eine Konkretisierung auf den speziell einschlagenden Tatbestand auf Grund allgemeiner denkgesetzlicher Regeln. Diese füllen die Lücke zwischen der noch unvollkommen den letztlich einschlagenden Tatbestand wiedergebenden "Differenz" und der "reinen" Form des Tatbestandes. Jedes andere Ergebnis würde auf eine fruchtlose Wortklauberei hinauslaufen, wobei die Grenzen zudem ziemlich unsicher wären. Man denke etwa an so feine sprachliche Unterschiede, wie sie zwischen der "Gesundheitsbeschädigung" (§ 223) und "Gesundheits-schädigung" (§ 223b) herrschen.

Dieses Ergebnis wird auch von anderer Seite bestätigt. So wendet eine verbreitete Ansicht, w e n n mit der Handlung des "Unterdrückens" nach § 354 der Tatbestand des § 133 erfüllt ist, für den Teilnehmer über § 50 Abs. 2 diesen an, andernfalls behandelt sie § 354 als echtes Amtsdelikt <sup>1)</sup>. So führt Maurach <sup>2)</sup> aus, soweit die Handlung des Unterdrückens gegeben sei, sei zu unterscheiden "je nachdem, ob die Voraussetzungen der §§ 133, 274" vorliegen. "Liegen sie vor, so handelt es sich um ein unechtes, sonst um ein echtes Amtsverbrechen". Damit wird jedoch bei Anwendung des § 50 Abs. 2 genau das Verfahren angewandt, das bereits oben aufgrund anderer Erwägungen für richtig erkannt wurde. Die für den Teilnehmer maßgebende Strafnorm wird, wenn nach Abzug der besonderen persönlichen Merkmale von dem für den Täter einschlagenden Tatbestande ein gleichlautender "Normaltatbestand" sich nicht finden läßt, durch Subsumtion der Merkmale der konkreten Handlung unter den nächsteinschlagenden Tatbestand gewonnen.

---

1) Vgl. Schönke-Schröder, § 354 Anm. I, Maurach, Bes. Teil § 82 V C 1a, S. 639. Maurach will dies auch für § 274 gelten lassen; vgl. das Folgende. LK-Werner, § 354 Anm. I. hält dagegen, was das Merkmal des Unterdrückens angeht, § 354 für ein eigentliches Amtsdelikt

2) a.a.O.

Als Ergebnis ist nach alledem festzustellen, daß im § 50 Abs. 2 nicht erfordert ist, daß sich die auf Täter und Teilnehmer zur Anwendung kommenden verschiedenen Tatbestände in der Formulierung der Tatbestandsmerkmale decken, also ein "reines" "Plus" oder "Minus" darstellen <sup>1)</sup>. Ein Argument gegen die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis läßt sich hieraus daher nicht ableiten.

3. Kann sich aus der dogmatischen Funktion des § 50 Abs. 2 ein Argument gegen seine Anwendbarkeit auf delicta sui generis ergeben?

Es wurde eingangs festgestellt, daß eine wesentliche inhaltsbestimmende Voraussetzung für die Annahme eines del.s.g. ist, daß der betreffenden Straftat ein art-eigener typischer Unrechtsgehalt zukommt. Vom Boden der Auffassung aus, die Vorschrift des § 50 bilde eine Einheit und regle die Anwendung des Schuldgrundsatzes bei der Tatbeteiligung mehrerer <sup>2)</sup>, ist daraus die Folgerung gezogen worden, § 50 Abs. 2 könne demnach auf delicta sui generis, in denen persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse eine Rolle spielen, keine Anwendung finden. Diese delicta sui generis seien "geradezu der Prototyp derjenigen Tatbestände, bei denen durch persönliche Umstände mehr das Unrecht der Tat, als die Schuld des Täters modifiziert wird" <sup>3)</sup>. Diese Argumentation unterliegt grundlegenden Bedenken.

Es wird zunächst nötig sein, Inhalt und Tragweite des § 50 Abs. 2 innerhalb der Teilnahmelehre zu untersuchen

- 
- 1) Auf eine andere Seite des "Plus-Minus"-Verhältnisses wird unten S. 97 ff. zurückzukommen sein.
  - 2) Wie dies neuerdings der BGH, Entsch.v. 6. Okt. 1955, BGHSt Bd. 8, S. 205 ff. (S. 209) formuliert.
  - 3) So Heil, Diss., S. 76.

Die Vorschrift war von Anfang an umstritten. Schütze<sup>1)</sup> u.a. hielten die Auflockerung der Akzessorietät der Teilnahme für persönliche Eigenschaften und Verhältnisse für "unhaltbar". Es müsse doch der dem Teilnehmer bekannte Umstand - das ist das immer wiederkehrende und auch heute noch in anderem Zusammenhang ab und zu durchscheinende Argument<sup>2)</sup> - daß etwa die Täterin uneheliche Mutter usw. sei, auch für diesen strafmindernd bzw. strafmehrend in Betracht kommen. Wenn auch der Streit um das Für und Wider einer derartigen Ausnahmeregelung naturgemäß sich bald legte, und man sich wohl oder übel mit dem de lege lata nun einmal bestehenden Gesetz einrichten mußte<sup>3)</sup>, so war es doch angesichts der unsicher gebliebenen Grundlage der Vorschrift nicht verwunderlich, daß lange eine reine Wortauslegung - zudem am falschen Orte<sup>4)</sup> - sich um diese bemühte. Das Verdienst, erstmals den Blick auf die Notwendigkeit einer einheitlichen Grundkonzeption des § 50 Abs. 2 gelenkt zu haben, kommt Kohlrausch<sup>5)</sup> zu. Er fand den beherrschenden Gedanken des dem § 50 Abs. 2 entsprechenden § 50 a.F. in der Individualisierung der Strafhaftung nach der Schuldseite hin. Sinn und Zweck des § 50 sei es, bei Beteiligung mehrerer eine p e r s ö n l i c h e S c h u l d z u r e c h n u n g zu ermöglichen. Der wesentliche Unterschied in § 50 liege daher zwischen den "persönlichen", die Persönlichkeit des Täters oder Teilnehmers kennzeichnenden und den, den Charakter der

---

1) Lb, § 44 Note 12

2) Vgl. oben S. 47, Fußnote 3

3) Vgl. in diesem Sinne der Oberreichsanwalt in RGSt Bd.25, S.272/273.

4) Die Frage, ob persönliche Eigenschaften eine gewisse Dauer voraussetzen; vgl. dazu unten S. 81.

5) Vgl. in ZAkDR 1939, S. 246, Festschr.f.Bumke, S.48 ff., Kohlrausch-Lange, 35. Aufl., § 50, Anm. 1.

Tat bestimmenden Merkmalen <sup>1)</sup>. Nach Neufassung des § 50 vertrat Kohlrausch dementsprechend die Ansicht, Abs.1, wonach jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar sei, stelle einen "Programmsatz" dar, dessen Verwirklichung Abs.2 bringe <sup>2)</sup>. Unzutreffend war allerdings, daß Kohlrausch glaubte, durch die Einbeziehung der Strafausschließungsgründe (!) in Abs. 2 sei mit der strengen Akzessorietät des Ob gebrochen <sup>3)</sup>. Er verkannte, daß unter den persönlichen Merkmalen, die "die Strafe ausschließen", keineswegs das gleiche wie in der - verfehlten - Überschrift des vierten Abschnitts des StGB verstanden sein konnte <sup>4)</sup>. Wie der Vergleich mit § 50 Abs.1, mit der im Hinblick darauf erfolgten Änderung der §§ 48 A b s . 1 und 49 A b s . 1 und schließlich auch die Stellungnahmen aus Kreisen derer, die an der VO vom 29.Mai 1943 (RGBI I S.339 - Strafrechtsangleichungs-VO) mitwirkten, zeigen <sup>5)</sup>, können unter diesen Begriff nur solche persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse fallen, die die deliktische Natur der Haupttat unberührt lassen <sup>6)</sup>. Was die Voraussetzungen betrifft, denen die Haupttat verbrechenskonstruktiv genügen muß, so trifft Abs. 1 eine abschließende Regelung, über deren Grenzen allerdings

---

1) Dazu unten S. 81 ff.

2) Kohlrausch-Lange, 38.Aufl., § 50 Anm. 1

3) a.a.O.

4) So aber ausdrücklich in Kohlrausch-Lange, 38.Aufl., § 50 Anm. 3

5) Vgl. Rietzsch, DJ 1943, S.310/311.

6) So richtig Maurach, Allg.Teil, § 53 III B 2 a cc, S.563. Ebenso Mezger in LK, § 50, Anm. 12 (Fall 2). - Diese Auffassung kann heute als ganz h.A. bezeichnet werden und wird auch von den Vertretern der Schuldorientierten Einheitsauffassung geteilt, vgl. BGH Entsch.v.6.Juli 1956, BGHSt Bd.9, S.370 ff. (S.377/378), Weber, MDR 1952, S.265. Ebenso auch Schönke-Schröder, § 50 Anm. IV 2 c. - A.A. Lange in Kohlrausch-Lange, § 50 Anm. III 3.

lange Streit bestand <sup>1)</sup>. Das verkannte Kohlrausch, der - den Blick allein auf den bis dahin wesentlichen Abs. 2 gerichtet - aus diesem alles entnehmen wollte, und zumindest insoweit unberechtigt § 50 Abs. 1 zum "Programmsatz" stempelte. Daß gerade infolge dieses Mißverständnisses die These von der "Einheit" der Absätze 1 und 2 sich derart erhärten konnte, und sie auch heute trotz der erkannten Unrichtigkeit des Kohlrausch'schen Standpunkts in der Frage der persönlichen Strafausschließungsgründe <sup>2)</sup> weitervertreten wird, steht zu vermuten.

Was den heutigen Meinungsstand anlangt, so stehen sich im wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber. Die erste trennt die Absätze 1 und 2 streng. Abs. 1 regle die Frage, welchen deliktischen Voraussetzungen die Haupttat genügen müsse, um die Strafhaftung des Teilnehmers zu begründen. Abs. 1 entspreche den §§ 48 Abs. 1 und 49 Abs. 1 und bestimme näher, was unter der "mit Strafe bedrohten Handlung" zu verstehen sei, nämlich auch die nicht-"schuldhaft" Handlung. Abs. 2 dagegen lockere die Abhängigkeit von der in ihrer Voraussetzungen durch Abs. 1 näher bestimmten Haupttat weiter auf, indem er abweichend von der Regel der §§ 48 Abs. 2 und 49 Abs. 2 Ausnahmefälle bestimme, in denen die Strafe des Teilnehmers nicht nach demjenigen Gesetz festzusetzen ist, das auf die Handlung Anwendung findet, an der er teilgenommen hat <sup>3)</sup>. Damit regle Abs. 2 eine Frage des (Unrechts-)

---

1) Daß unter dem Begriff der Schuld, wie ihn § 50 Abs. 1 - "in allzu großer Kühnheit", Maurach, Allg. Teil, § 53 III A, S. 559, - verwendet, jedenfalls nicht der Vorsatz zu verstehen ist, hat entgegen anders lautenden früheren Entscheidungen in Übereinstimmung mit der von der h.L. vertretenen Auffassung der BGH in der bereits angeführten Entscheidung i. 9. Bd., S. 375 ff. festgestellt.

2) Vgl. BGHSt Bd. 9, S. 377/378 u. v. Weber, MDR a. a. O.

3) Vgl. Maurach, Allg. Teil, § 53 III A, S. 559, Mezger in LK, § 50 Anm. 1, Welzel Lb, S. 104 u. d. JZ 1952, S. 74, Gallas in Materialien, S. 150.

Tatbestandes und trenne hier zwischen personalen und sachlichen Unrechtselementen <sup>1)</sup>. Die beiden Absätze bewegten sich also "in zwei Stockwerken" <sup>2)</sup>. - Nach der zweiten Auffassung dagegen "bildet die Vorschrift (so., des § 50) eine Einheit und regelt die Anwendung des Schuldgrundsatzes bei der Tatbeteiligung mehrerer". <sup>3)</sup> Abs. 2 könne dementsprechend nicht ohne Rücksicht auf den "leitenden Grundsatz des Abs.1" ausgelegt werden. Erst durch Abs. 1 erhalte die Vorschrift des Abs.2 eine "feste Grundlage" <sup>4)</sup>. § 50 Abs. 2 präzisiere die "entscheidende Trennungslinie zwischen Tat- und Täterelementen" <sup>5)</sup>, und damit zwischen dem Unrecht der Tat und der Schuld des Täters. - Ausdrücklich zwar keiner der beiden Auffassungen anhängend, sachlich aber der zweiten stark zuneigend sieht Schönke-Schröder das Verhältnis von § 50 Abs.1 und Abs. 2: "Beide Absätze des § 50 überschneiden sich" und "durchdringen sich gegenseitig" <sup>6)</sup>. Die persönlichen Strafmodifizierungsgründe könnten "sowohl die Schuld des Täters wie auch das (personale) Unrecht der Tat" betreffen.

---

1) Welzel, JZ a.a.O.

2) Welzel, Lb a.a.O.

3) So der BGH (2. Strafsenat) in der bereits angeführten Entscheidung i.9.Bd. auf S.209. Mit dieser Einheitsvorstellung verträgt es sich allerdings schlecht, wenn der 3. Strafsenat in der Entscheidung i.9.Bd., S. 377/378 ausführt, aus § 50 Abs.2 sei zur Klärung des Schuldbegriffs des Abs. 1 nichts zu entnehmen, denn er beziehe sich - richtig! - nicht auf "Schuldausschließungs- sondern auf persönliche Strafausschließungsgründe". Das sollte zumindest ein Hinweis sein, daß hier zwei getrennte Bereiche in Frage stehen. - Vgl. auch OGHZSt Bd.1, S.321 ff. (S.328).

4) So v.Weber, MDR 1952, S.265. Gleicher Ansicht Lange, JR 1949, S.166, Claß, NJW 1949, S.85, Kohlrausch-Lange, § 50, Anm. I.

5) Kohlrausch-Lange a.a.O.

6) Schönke-Schröder, § 50 Anm. I.

Die wohl h.L. vertritt heute die erstere Auffassung. Dem ist beizustimmen. Die Begründung wird allerdings zum Teil abweichende Wege gehen müssen. - Anders als das verschiedentlich angenommen wird <sup>1)</sup>, läßt sich ein Argument nicht mit Sicherheit aus der Geschichte der Vorschrift herleiten. Was den Hinweis anlangt, schließlich habe § 50 Abs. 2 schon lange vor Einführung der limitierten Akzessorietät gegolten und könne daher nicht die nähere Ausführung des § 50 Abs. 1 sein <sup>2)</sup>, so ist ja gerade zu der alten Fassung des § 50 bereits die Auffassung vertreten worden, Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei es, eine persönliche S o h u l d zu-rechnung zu ermöglichen <sup>3)</sup> und dementsprechend sah Kohlrausch - insoweit konsequent - in dem später eingefügten Abs. 1 einen Programmsatz, der nur bestätigte und näher begründete, was ohnehin schon galt <sup>4)</sup>. Die Begründung fördert damit aber kein stichhaltiges Argument zutage. Thema probandum wäre eben, daß v o r Einführung der limitierten Akzessorietät § 50 Abs. 2 nicht nur gegolten hat, sondern daß diese Vorschrift darüber hinaus gerade nicht die individuelle S o h u l d -zurechnung betraf und deshalb nicht die nähere Ausführung des später eingeführten Abs.1 sein konnte. - Zur Begründung dieses Punktes kann allenfalls auf die Motive <sup>5)</sup> zurückgegriffen werden. Sie nennen als Beispiel für Fälle, auf die die neue Vorschrift zur Anwendung komme, den Aszendententotschlag (den früheren § 215) im Verhältnis zum Totschlag. Daß sich hieraus aber "einwandfrei" ergebe, daß § 50 Abs.2 für unrechts-ändernde Elemente geschaffen sei, wie dies Welzel <sup>6)</sup>

---

1) Vgl. insbes. Welzel Lb S.104

2) So auch Mezger in LK § 50 Anm. 1

3) Vgl. Kohlrausch-Lange, 35.Aufl., § 50 Anm. 1 und dazu weiter oben.

4) Kohlrausch-Lange, 38.Aufl., § 50 Anm. 1

5) Motive II S.66, zu § 48 E II

6) a.a.O.

meint, ist nicht einzusehen. Darüber, ob es sich in einzelnen Tatbeständen, die persönliche Merkmale aufweisen, um eine Typisierung erhöhter "Schuld" <sup>1)</sup> oder erhöhten Unrechts handelt, ist gerade der Streit. So findet sich auch in den Motiven <sup>2)</sup> im Anschluß an den Beispielsfall eine Erläuterung, die bezeichnenderweise Gegnern der hier verteidigten Ansicht als Argument dient <sup>3)</sup>. Es solle - so führen die Motive aus - durch die Vorschrift des § 50 dem "allgemeinen Satze" zur Geltung verholfen werden, "daß ein Jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll". Mit der Frage, was hier unter der Zurechnung der individuellen "Verschuldung" der Beteiligten gemeint sein sollte, würde die Erörterung jedoch in derart unsicheres Gebiet entgleiten, daß - abgesehen von der Fragwürdigkeit eines historischen Arguments dieser Art überhaupt - ein einigermaßen sicherer Anhaltspunkt aus den Motiven m.E. nicht gewonnen werden kann.

Dagegen führt eine andere Überlegung dazu, in § 50 Abs.2 eine auf die individuelle Zurechnung tatbestandlichen Unrechts beschränkte Sonderregelung zu sehen. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne dieser Vorschrift könnten, ausgehend von der schuldorientierten Einheitsauffassung des § 50 einmal a u s s c h l i e ß l i c h als Merkmale veränderter Schuld gesehen werden. So soll mit Lange <sup>4)</sup> die Unterscheidung von tatgebundenen und tätergebundenen Elementen in § 50 Abs.2 die entscheidende Trennungslinie ergeben, was am gesetzlichen Tatbestande das Unrecht der Tat, und was die

---

1) Vgl. weiter unten

2) a.a.O.

3) Vgl. Lange, JR 1949, S.166, der sich für seine Ansicht - vgl. oben - auf diese Stelle der Motive beruft.

4) Kohlrausch-Lange, § 50 Anm. I

Schuld des Täters typisiere. Damit würde also die Trennungslinie zwischen Schuld und Unrecht nicht zwischen § 50 Abs. 1 und Abs. 2 sondern mitten durch den Abs. 2 verlaufen. Eine Erörterung der strafrechtlichen Grundfragen nach Schuld und Unrecht braucht hier nicht unternommen werden, und wäre hier auch nicht durchzuführen. Jedenfalls würde, wenn sich § 50 Abs. 2 wirklich ausschließlich auf dem Boden der Schuld bewegen sollte und nur eine nähere Ausführung des Abs. 1 wäre, die Regelung nach dessen Einfügung überflüssig geworden sein. Es ist nicht abzusehen, was unter diesen Voraussetzungen mit Hilfe des Abs. 2 erreicht werden könnte, was nicht schon auf Grund des Abs. 1 sich mühelos ergeben würde <sup>1)</sup>. Bestenfalls könnte einem der beiden Absätze noch erläuternder Charakter zukommen: Entweder sollte die individuelle Schuldzurechnung des Abs. 1 durch Abs. 2 "präzisiert" werden <sup>2)</sup>, oder aber Abs. 1 sollte erläutern, warum das Gesetz es schon früher gerecht ansah, die Akzessorietät hinsichtlich persönlicher Merkmale aufzulockern <sup>3)</sup>. Das kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Eine zweckorientierte Auslegung wird ein Gesetz so zu interpretieren haben, daß es keine überflüssigen oder bloß erläuternden Vorschriften enthält.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse könnten zum anderen a u c h erhöhte oder verminderte Schuld

- 
- 1) So auch deutlich Schönke-Schröder, § 50 Anm. I: "Für den ersten Fall (sc., soweit - von seiner Auffassung ausgehend - die Strafmodifizierungsgründe die "Schuld" betreffen) bestätigt also Abs. 2 nur, was sich auch aus Abs. 1 ableiten ließe" (!).
  - 2) Wie dies Lange in Kohlrausch-Lange a.a.O. annimmt.
  - 3) So v. Weber, MDR 1952, S. 265, der allerdings die Regelung des Abs. 2 noch, soweit dieser die persönlichen Strafausschließungsgründe betrifft, als über Abs. 1 hinausgehend betrachtet.

typisieren - immer vom Boden der hier abgelehnten Ganzheitsbetrachtung des § 50 aus. Ob das zutreffen kann, und im konkreten Fall zutrifft, braucht dann jedenfalls nicht entschieden werden. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Verbrechenskonstruktion wäre das Vorliegen oder Nichtvorliegen im Gesetz vertyppter persönlicher Merkmale bei einem Beteiligten (verbrechenskonstruktiv gesehen) am "frühestmöglichen" Zeitpunkt zu berücksichtigen, eine individuelle Zurechnung müßte also bereits auf Grund der Vorschrift des § 50 Abs. 2 und nicht erst wegen der damit (etwa auch) gegebenen Verschiedenartigkeit der Schuld erfolgen <sup>1)</sup>. Soweit also die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse überhaupt nur als auch-unrechtsbestimmende Merkmale anerkannt werden, braucht ein Rückgriff - selbst vom Boden der Einheitsauffassung aus - auf Abs. 1 nicht getan werden, da die Frage, inwieweit daneben durch das Vorliegen persönlicher Merkmale der Grundsatz des Abs.1 berührt wird - und ein Rückgriff hierauf -, sich angesichts der verbrechenskonstruktiven "Schichtenstellung" von Unrecht und Schuld verbieten. Damit muß im praktischen Ergebnis auch hier Abs.2 das "Stockwerk" sein, in dem über das Unrecht der Tat, und die Auflockerung der Akzessorietät insoweit, entschieden wird. Die schuldorientierte Ganzheitsauffassung löst sich dann aber im Ergebnis in die trennende Betrachtungsweise auf, da, soweit nur zugegeben wird, daß die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse auch das Unrecht der Tat bestimmen, ihre Behandlung unter dem Gesichtspunkt individueller Zurechnung der Schuld einen nach dem allgemeinen Verbrechensaufbau unzulässigen Vorgriff bedeuten würde.

Damit kann als erhärtet die Auffassung angesehen werden, daß § 50 Abs. 2 sich in dem Zwecke erschöpft, personale von sachlichen Unrechtselementen zu trennen und hinsicht-

---

1) Vgl. Maurach, Allg. Teil, § 53 III A, S.559.

lich der ersteren eine Auflockerung der (limitierten) Akzessorietät anordnet <sup>1)</sup>. Ein Argument gegen die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis in der Form, daß § 50 Abs. 2 als Ausfluß des Grundsatzes individueller Schuldzurechnung die gerade durch eine qualitative Änderung des Unrechtsgehalts gekennzeichneten delicta sui generis nicht treffen könne, läßt sich danach nicht herleiten.

Selbst wenn man aber der Auffassung wäre, § 50 Abs. 2 wolle eine persönliche Schuldzurechnung ermöglichen, wäre damit die Anwendung des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis nicht ausgeschlossen. Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse würden ja auch dieser Ansicht nach immer primär s c h u l d ändernden Charakter haben <sup>2)</sup>. Was hier in Wahrheit zugrunde liegt, scheint ein anderes Argument zu sein; daß nämlich dann, wenn persönliche Merkmale zur Konstituierung eines arteigenen Deliktes dienen, diese nicht mehr isoliert als schuld- (oder unrechts-) ä n d e r n d e Elemente betrachtet werden können, sondern in der neuen Einheit des del.s.g. aufgegangen und in ihr "eingeschmolzen" <sup>3)</sup> sind. Davon wird noch zu handeln sein.

---

1) Dieses Ergebnis wird - de lege ferenda - auch durch die §§ 33 und 34 des Entwurfes bestätigt. Die Reihenfolge zeigt (§ 33 entspricht dem § 50 Abs. 2, § 34 dem § 50 Abs. 1), daß, um Zweifel endgültig auszuschalten, die Tatbestandsregelung nunmehr in Übereinstimmung mit der allgemeinen Verbrechenskonstruktion vor der Schuldregelung erfolgen sollte, und bestätigt so das Ergebnis, das heute schon die h.L. vertritt. Das geht deutlich auch aus der Begründung - S. 41 - hervor: "Hierdurch (sc., durch die Veränderung der Stellung) soll deutlich werden, daß § 33 Fragen des Tatbestandes, § 34 hingegen Fragen der Schuld regelt".

2) Vgl. Kohlrausch-Lange a.a.O.

3) Nagler, ZAKDR 1942, S. 197.

#### 4. Argumente aus Wortlaut und Zweck des § 50 Abs.2

##### a) Nur persönliche Merkmale bewirken eine Auflockerung der Akzessorietät.

Nach dem Wortlaut des § 50 Abs.2 sollen nur besondere p e r s ö n l i c h e strafändernde Eigenschaften oder Verhältnisse eine individuelle Zurechnung erfahren. Als durch den Wortsinn nahegelegter gegensätzlicher Begriff zu den persönlichen, also personengebundenen Merkmalen wären demnach sachliche oder tatgebundene Tatumstände anzusehen. Es fragt sich nun, ob angesichts der Tat-Bezogenheit des del.s.g. im Tatbestand eines del.s.g. enthaltene persönliche Eigenschaften und Verhältnisse noch unter die Vorschrift des § 50 Abs. 2 fallen können, oder ob sie nicht vielmehr allein durch die Aufnahme in ein del.s.g. zu primär tatgebundenen Umständen werden, jedenfalls aber nicht mehr als "persönliche" i.S. des § 50 Abs. 2 angesehen werden können.

Das Gegensatzpaar tat-gebunden - persönlich, also täter-gebunden, ist in seiner ausschlaggebenden Bedeutung für die Vorschrift des § 50 Abs. 2 erst erstaunlich spät erkannt worden. Die Rechtsprechung hatte bei Auslegung des § 50 das Augenmerk in erster Linie auf das in § 50 Abs.2 erforderte Merkmal der "Eigenschaft" gerichtet und ständig die Auffassung vertreten, als "persönliche Eigenschaften" seien nur solche Eigenarten eines Menschen anzusehen, die mit einer gewissen Dauer auftreten <sup>1)</sup>. Dem war der überwiegende Teil der Lehre gefolgt <sup>2)</sup>. Das Begriffspaar: dauernd - vorübergehend behauptete im folgenden seine Herrschaft. Erst Kohlrausch hat vom Boden seiner schuldorientierten Grundauffassung

---

1) Erstmals RGSt Bd.4, S.184 ff. (S.186).

2) Vgl. LK - Lobe, 4.Aufl., § 50 Anm. 2 mit weiteren Nachweisen.

des § 50 aus eine Revision der allmählich in einer reinen "Wortauslegung" stagnierenden Abgrenzung akzessorischer und nichtakzessorischer Behandlung in § 50 gefordert <sup>1)</sup> und die Auffassung vertreten, eine "Sinnauslegung" werde den Ton auf das Wort "persönliche" legen müssen. Dem folgt heute die ganz h.A., sowohl vom Boden der schuldorientierten Gesamtheitsbetrachtung des § 50 aus, als auch vom Boden der Trennung der Absätze 1 und 2 nach Schuld und Unrecht, als auch letztlich Schönke-Schröder <sup>2)</sup>.

Betrachtet man unter diesem Blickwinkel die Frage der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 auf *delicta sui generis*, so ist - um naheliegende Mißverständnisse auszuschließen - festzustellen, daß die Aufnahme persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse in ein *del.s.g.* diese selbstverständlich nicht ihres natürlich-persönlich orientierten Charakters entkleiden kann. Die Frage ist nur, inwieweit sie noch als persönlich-modifizierend

- 
- 1) Vgl. Kohlrausch-Lange, 35.Aufl., § 50 Anm. 1 und an den weiteren oben S.50 Fußnote 3 zitierten Stellen. Dem folgten bald Lange Teiln., S.53, Binter, DJ 1944, S.84, Mezger, DStrR 1944, S.124. - Diese Akzentverschiebung ist nicht schon bei Geyer, Erörterungen, Innsbruck, 1862 zu finden - S.131 - (nicht S.121), wie Lange, JR 1949, S.165, meint. Abgesehen davon, daß dies für § 50 Abs.2 StGB! jedenfalls nur entfernt Bedeutung hätte, ist dort eine Unterscheidung der "höchstpersönlichen" von den persönlichen Eigenschaften gemeint, welche letztere sich in einem "Theil des Thatbestandes objectivieren" müssen, während zu den erstere alle auf die richterliche Strafzumessung Einfluß übenden Umstände wie "untadelhafter Wandel" oder die "Erdrückung falscher Umstände" gehören. Eine längst beseitigte Frage!
  - 2) Vgl. für die erste Ansicht BGH Entsch.v.6.Okt.1955, BGHSt Bd.8, S.105 ff. (S.108 ff.). Für die zweite besonders klar Welzel, JZ 1952, S.75, zwischen "tatsächlichen und personalen Unrechtselementen" in § 50 Abs.2 unterscheidend, sowie Mezger in LK § 50 Anm. 11 a.E., Schönke-Schröder, § 50 Anm. IV 1.

im Rechtssinn, also im Sinn des § 50 Abs.2 angesehen werden können. Mit dieser spitz erscheinenden Unterscheidung ist folgendes gemeint: Die Bezogenheit auf eine Person wird, ohne der Sprache Gewalt anzutun, bei Fassung eines Tatbestandes nie vermieden werden können. Es handelt sich ja immerhin um menschliche "Eigenschaften oder Verhältnisse". Dagegen ist es durchaus möglich, daß im Rahmen der angebrachten Gesamtwürdigung der einzelnen Tatbestandsmerkmale in Verbindung mit dem Tatbestandsanlagen die persönliche Beziehung zur Person des Täters gegenüber der sachlichen Charakterisierung der Tat etwas Nebensächliches und Untergeordnetes bedeutet.<sup>1)</sup> Das Merkmal bliebe zwar natürlich-personbezogen, aber es entsteht die Frage, ob es noch als persönlich-modifizierend im Sinne des § 50 Abs. 2 angesehen werden kann, ob hier noch davon gesprochen werden kann, daß besondere p e r s ö n l i c h e Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen.

In der Tat ergeben gerade neuere Entscheidungen des BGH alles gegen diese Auffassung. In seinem Urteil vom 6.Okt.1955<sup>2)</sup> hatte sich der BGH mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit bandenmäßige Begehung in § 243 Abs.1 Nr. 6 als persönliches Verhältnis im Sinne des § 50 Abs.2 angesehen werden könne. Hier finden sich in der Begründung folgende Ausführungen, welche wegen ihrer Bedeutung für die Themafrage im Wortlaut wiedergegeben werden sollen.

"Ist ein persönliches Verhältnis jedoch nicht der alleinige Grund der Strafschärfung, so hat es nach § 50 Abs.2 außer Betracht zu bleiben, denn das Gesetz hat dann nicht n u r den Täter,

---

1) So richtig Heil, Diss., S.73, der auf H.H.Meyer, "Die Zurechnung der besonderen Tatumstände nach § 50 StGB" Diss., Würzburg, 1950, S.27, verweist.

2) BGHSt Bd.8, S.208 ff.

sondern durch hinzutretende Umstände die Tat als Ganzes erschwerend gekennzeichnet".

Es sei in § 243 Abs.1 Ziff.6 auch die Tatbegehung besonders getroffen, nicht nur die allenfalls ein persönliches Verhältnis bildende vorherige Verabredung (Bande). - In einer früheren Entscheidung hatte der BGH <sup>1)</sup> im gleichen Sinne zur Vorschrift des § 401b Abs.2, Nr.1 RABgO, bei der die Frage entstanden war, ob die bandenmäßige Begehung unter § 50 Abs.2 falle, ausgeführt: "Die Verbindung mehrerer zum Schmuggel mache die Tat für die zur Bekämpfung des Schmuggels berufenen Beamten erfahrungsgemäß besonders gefährlich. Die Strafschärfung beruhe also " n i c h t e n t s c h e i d e n d auf besonderen persönlichen Verhältnissen des Täters sondern auf der besonderen Gestaltung der T a t " <sup>2)</sup>.

Die gleiche Ansicht hatte mit fast gleichen Worten Kohlrausch bereits 1940 vertreten <sup>3)</sup>. Nach § 50 solle nicht-akzessorische Behandlung der Teilnehmer dann eintreten, wenn

"das Gesetz eine Strafdrohung aus Gründen, die nur in der Person des Täters liegen, erhöht ... oder vermindert".

Anders sei es dagegen, wenn das Gesetz eine Strafdrohung bei einer bestimmten Gestaltung des T a t - b e s t a n d e s verändere. Hier bleibe es bei der akzessorischen Behandlung.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Nur sie entspricht dem Sinn und Zweck der Regelung des § 50 Abs.2, der einen

---

1) BGH, Entsch.v.13.Juni 1954, BGHSt Bd.6, S.260 ff. (S.261/262).

2) Sperrung: "nicht entscheidend" vom Verf.

3) Kohlrausch-Lange, 35.Aufl., § 50 Anm. 1, ebenso die folgenden Auflagen.

Kompromiß zwischen dem Prinzip der Akzessorietät und dem Prinzip individueller Zurechnung darstellt <sup>1)</sup>, und der, um "offenbare Ungerechtigkeiten" zu vermeiden <sup>2)</sup>, einen scharfen Trennungsstrich zwischen personalen und sachlichen Tatumständen zieht. Diese letzteren sollen nach wie vor akzessorisch behandelt werden. Nur die ersteren sollen - unter weiteren einengenden Voraussetzungen - im Rahmen des § 50 Abs.2 eine individuelle Zurechnung erfahren. Wegen dieser Einschränkung der akzessorietätsauflockernden Wirkung auf "persönliche" Merkmale trägt die Bestimmung des § 50 Abs. 2 jedenfalls insoweit den Charakter einer Ausnahmenvorschrift. Ausnahmenvorschriften sind jedoch eng auszulegen. Es ist daher richtig, einen persönlichen Strafänderungsgrund nur dort anzunehmen, wo ausschließlich - zumindest aber entscheidend <sup>3)</sup> - täterschaftliche Elemente die Strafe eines "Normaltatbestandes" modifizieren. Haben dagegen neben dem personbezogenen Bestandteil auch sachliche Gründe eine Änderung der Strafdrohung veranlaßt <sup>4)</sup>, so kann nicht davon gesprochen werden, daß das Gesetz gerade mit Rücksicht auf das personale Element die "Regelstrafe" schärft, mildert oder ausschließt. Das Merkmal bliebe personbezogen im natürlichen Sinn, kann aber nicht mehr als persönlich-straftmodifizierend im engeren Sinn der Ausnahmenvorschrift des § 50 Abs.2 angesehen werden. Die Entscheidung, ob und wieweit ein Merkmal als "persönlicher" Strafänderungsgrund anzusehen ist, kann daher auch nicht isoliert ge-

---

1) Redslob, StrAbh. Heft 97, S.9, v.d.Lühe, Diss.,S.29; ob Schuld-Zurechnung ist die Frage.

2) So Maurach, Allg.Teil, § 53 III B 2, S.561

3) Wie der BGH noch im 6.Bd., S.161/162 annahm.

4) Ob im Falle eines del.s.g. wirklich von einer Strafänderung i.S. des § 50 Abs.2 gesprochen werden kann, wird weiter unten untersucht werden.

troffen werden, und ist insbesondere noch nicht mit der Feststellung gegeben, daß das fragliche Merkmal jedenfalls ein personbezogener Bestandteil des Tatbestandes ist. Es muß vielmehr im Rahmen des Tatbestands ganzen das einzelne Merkmal gewürdigt werden, und es muß festgestellt werden, inwieweit neben täterschaftlichen Elementen auch tatmäßige, sachliche Gesichtspunkte den veränderten Charakter der Tat bestimmen.

Nun ist jedoch gerade das del.s.g. wesentlich durch die Vertypung eines arteigenen Unrechtsbereiches gekennzeichnet, stellt also nicht ein Plus oder Minus, keine quantitative Veränderung anderwärts vertypen Unrechts, sondern ein Aluid und Novum dar. Auch wenn in das del.s.g. "persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse" aufgenommen sein sollten, so treten diese Aufbauelemente doch völlig hinter das Ganze zurück. "Sie gehen in dem höheren Gebilde eigener Artung und Wertigkeit auf - ähnlich wie die Bausteine in dem Gebäude verschwinden. Aus der Wertsynthese entsteht ein rechtliches Einheitsgefüge neuen Wertranges" <sup>1)</sup>. Das eigenständige Delikt stellt einen "neuen Verbrechensbegriff" <sup>2)</sup> dar, eine "durchaus selbständige Verbrechenart kraft positivrechtlicher Schöpfung" <sup>3)</sup>. Die zum Aufbau verwendeten konstituierenden Elemente sind durch den Zusammenschluß in der höheren Einheit des del.s.g. versachlicht worden. Durch Schaffung eines del.s.g. soll gerade ein bestimmter Tattypus gekennzeichnet werden, "die Bedingtheit der neuen Verbrechensfigur von tat- nicht von täterschaftlichen

---

1) Nagler, ZAkDR 1940, S.365

2) Nagler a.a.O.

3) Nagler in LK, 6.Aufl., Einleitung, Anhang 3 II 1.

Merkmale" <sup>1)</sup>. Damit kann aber § 50 Abs.2 nicht mehr anwendbar sein <sup>2)</sup>. Die Ausführungen, die der BGH zum Falle einer unbestrittenen Qualifikation macht <sup>3)</sup>, müssen a majore ad minus gefolgert, erst recht im Falle des del.s.g. durchgreifen. Einzelne Merkmale des del.s.g. mögen personbezogen sein, sie sind aber jedenfalls nicht mehr primär persönlich-strafmodifizierend im Sinne des § 50 Abs.2. Es haben gerade nicht ausschließlich persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse eine Strafänderung bewirkt. Diese ist vielmehr entscheidend auf eine veränderte Einschätzung des Tatcharakters zurückzuführen. Die Tat sollte "als Ganzes", wie der BGH zu § 243 Abs.1 Ziff.6 ausführt, gekennzeichnet werden. Es ist so ein erstes starkes Argument gegen die Anwendbarkeit des § 50 Abs.2 auf delicta sui generis gewonnen. Das Folgende wird zeigen, daß es sich noch erhärten läßt.

- b) Nur persönliche Merkmale, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, bewirken eine Auflockerung der Akzessorietät.

Der Wortlaut des § 50 Abs.2 enthält eine weitere Einschränkung. Nur solche persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse sollen akzessorietätsauflockernde Wirkung haben, die "die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen". Damit ist nach § 50 Abs. 2 das Vorhandensein einer allgemeinen Vorschrift vorausgesetzt, die

---

1) Maurach, Allg.Teil, § 53 III B 2 a, S.562

2) A.A. ausdrücklich Kohlrausch-Lange, § 50 Anm. I, Mezger in LK § 50 Anm. 11, Dahm, NJW 1949, S.811; darüber, daß hier eine verfehlte Grenzziehung bei Bestimmung des Begriffes des del.s.g. mitspielt, vgl. unten S. 108 ff.

3) Zu § 243 Abs.1 Ziff.6, BGHSt Bd.8, S.209, wie oben zitiert.

"die Strafe" zunächst bestimmt und einer weiteren Vorschrift, die gegenüber der allgemeinen Vorschrift im Hinblick auf besondere persönlichen Merkmale die Strafe ändert. Das wird noch ausgeführt. Es liegt der Gedanke nahe, daß auf Grund dieser Fassung der Vorschrift nur solche Straftaten darunter subsumiert werden können, die in dem technischen Verhältnis: Grundtatbestand - un-selbständige tatbestandliche Abwandlung stehen, daß dagegen dann, wenn besondere persönliche Merkmale Aufnahme in ein del.s.g. gefunden haben, von einer Strafänderung nicht mehr gesprochen werden kann. Das ist auch in der Tat zur Begründung der Auffassung, § 50 Abs.2 sei auf delicta sui generis unanwendbar, vorgetragen worden <sup>1)</sup>. Dieses Argument soll im folgenden untersucht werden.

Vorab soll ein Begriff näher untersucht werden, der hier in der Streitfrage immer wieder eine große Rolle spielt <sup>2)</sup>. Es sind dies die "strafbegründenden" persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse. Dieser Begriff findet sich de lege lata im Gesetz nicht. Er soll nach der Art, wie er überwiegend gebracht wird, den Gegensatz zu den strafschärfenden, -mildernden oder -ausschließenden persönlichen Merkmalen bilden. Als positiver, kürzerer Begriff erfüllt er regelmäßig die Funktion, n i c h t strafschärfende, -mildernde oder -ausschließende persönliche Merk-

- 
- 1) Als erster wohl Doerr in Seuff.Bl. Bd.71, S.347, das Argument scheint mir auch in Maurachs's Begründung - Allg.Teil, § 53 III B 2 a, S.562 und in Materialien, S.254 - zu stecken, ein "Fort- oder Hinzudenken" einzelner Tatbestandsmerkmale sei im Falle eines del.s.g. ausgeschlossen. Deutlich Heil, Diss., S.73. - Ausdrücklich a.A.: Claß, NJW 1949, S.84, v.d.Lühe, Diss., S.42.
- 2) Vgl. Mezger in LK § 50 Anm. 10 (S.304) und § 50 Anm. 13a (S.307), Schönke-Schröder, § 50 Anm. V, Sauer AllgStrRL, S.228.

male zu kennzeichnen <sup>1)</sup>. Er lebt im wesentlichen aus dem Gegensatz zu den strafändernden Umständen, worauf schon der Prüfungsvorgang bei der Feststellung des Vorliegens strafbegründender Merkmale hinweist: Es wird - etwa bei den echten Beamtendelikten - im Hinblick auf § 50 Abs.2 festgestellt, daß die Beamten-eigenschaft eine bereits anderwärts vertyppte Unrechthandlung, was die Strafe anlange, nicht ändere, also die Strafbarkeit erst begründe <sup>2)</sup>. Wenn dieser Gedankengang auch meist in der Kurzform der Behauptung auftritt, es handle sich um "strafbegründende" oder "strafkonstitutive" Merkmale - was meist durch die prima facie zu treffende Entscheidung gerechtfertigt ist - so darf dies doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Begriff, um auf das Gesetz bezogen zu werden, des Vergleichs mit den strafändernden Merkmalen des § 50 Abs.2 bedarf. Dieser in der Funktion des Begriffes liegenden Beschränkung muß man sich bewußt bleiben, sollen naheliegende Trugschlüsse vermieden werden. Das wird noch ausgeführt.

Bestimmt man den Inhalt des Begriffes der "strafbegründenden" persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse daraufhin näher, so kann de lege lata folgende Unterscheidung getroffen werden: Es fallen hierunter sicher solche persönlichen Merkmale, die die Strafbarkeit einer Handlung überhaupt erst begründen, die

---

1) Etwas entschärft ist der Gegensatz nur bei Mezger in LK § 50 Anm. 13, der einen "einfachen Umkehrschluß aus § 50" nicht ziehen woll. Das Eingreifen der "angeblichen Regel der Akzessorietät" bedürfe jeweils "besonderer Begründung"; auch strafbegründende Merkmale seien in einzelnen Fällen einer Auflockerung der Akzessorietät zugänglich.

2) Streng logisch handelt es sich allerdings um keinen kontradiktorischen sondern um einen konträren Gegensatz.

"straferentscheidenden" <sup>1)</sup> oder "strafbedingenden" <sup>2)</sup> Merkmale, wie sie zur besseren Unterscheidung genannt werden können. Als Beispiel wäre etwa § 285 StGB zu nennen. Nur das gewerbsmäßige private Glücksspiel ist strafbar. Das gelegentliche private Glücksspiel ist nicht strafbar. Mangels eines besseren Ausdrucks möchte ich Straftaten dieser Art als "isolierte" delicta sui generis bezeichnen <sup>3)</sup>. Eine irgendwie geartete Beziehung zu einem "Ausgangstatbestand", wie sie § 50 Abs.2 voraussetzt, besteht nicht. Diese "eigentlichen" strafbegründenden oder strafbedingenden Merkmale scheiden daher aus der vorliegenden Untersuchung von vorneherein aus.

Weiter aber "begründen" persönliche Merkmale die Strafbarkeit auch in einem del.s.g., das in einem gewissen Verwandtschaftsverhältnis zu einem anderen Tatbestande, dem "Normaltatbestande" steht, wenn man der Ansicht ist, daß auf derartige delicta sui generis § 50 Abs.2 keine Anwendung finden könne. Das ist eine Folge dessen, daß in diesem Falle die persönlichen Merkmale jedenfalls nicht strafändernd wirken <sup>4)</sup>. Damit handelt es sich aber um einen Zirkelschluß, allenfalls um eine glatte Be-

- 
- 1) Ausdruck von Redslob, StrAbh. Heft 97, S.8 für die strafbegründenden Merkmale schlechthin.
  - 2) Vgl. Oppenhoff, § 50 Anm. 2: Merkmale, "welche den Tatbestand überhaupt bedingen, bei deren Wegfall also ein Straffall gar nicht vorliegt".
  - 3) Daß grundsätzlich jeder abgeschlossene Tatbestand mit arteigenem Unrechtsgehalt als del.s.g. anzusehen ist, wurde eingangs der Untersuchung bereits festgestellt.
  - 4) So spricht der BGH in BGHSt Bd.1, S.372, ausgehend von der Annahme eines del.s.g. in § 211, davon, § 50 Abs.2 könne auf die Mordmerkmale nicht zutreffen, "weil sie nicht die Strafe 'schärfen', sondern die Strafbarkeit des Täters als Mörder erst begründen".

hauptung, wenn argumentiert wird: Auf ein del.s.g. könne § 50 Abs.2 keine Anwendung finden, da dort sämtliche Tatbestandsmerkmale, also auch die person-bezogenen, strafbegründend seien. Thema probandum ist gerade die Frage, w a r u m in einem del.s.g. die persönlichen Merkmale n i c h t s t r a f - ä n d e r n d im Sinne des § 50 Abs.2 sein können, also nicht solche Merkmale sind, die "die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen" <sup>1)</sup>. Die Frage wird daher besser - wenn auch weitläufiger - dahin gestellt werden, ob dann, wenn "besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse" in einem del.s.g. Aufnahme gefunden haben und weiterhin ein "Normal-tatbestand" de lege lata existiert, der diese Merkmale nicht aufweist, davon gesprochen werden kann, in einem del.s.g. werde mit Rücksicht auf die persönlichen Merkmale "die Strafe" geschärft, gemildert oder ausgeschlossen.

Bei der Beantwortung wird von folgendem auszugehen sein: Durch die Beschränkung der akzessorietätsauf-lockernden Wirkung des § 50 Abs.2 auf "die Strafe" schärfende, mildernde oder ausschließende persön-liche Merkmale wird wegen der notwendig "komparativi-schen" Form, in die diese Beschränkung gekleidet ist, logisch neben einem Tatbestande, der diese persönlichen Merkmale enthält, das Vorhandensein eines anderwei-tigen Tatbestandes impliziert, dem diese Strafe ent-springt <sup>2)</sup>. Diesen Tatbestand, auf den die Vorschrift

---

1) So bleibt es beispielsweise eine Behauptung, wenn Mezger in LK § 50 Anm. 10 (S. 304) und Schöнке-Schröder, § 50 Anm. V ausführen, bei einem del.s.g. - denn darum handelt es sich in Wahrheit bei der "völlig neuen Straftat", so richtig Heinitz Fest-schr., S.112 in Fußnote 72 - gehe der strafändernde Umstand in einem strafbegründenden über.

2) Wie schon oben S.62 anlässlich einer Untersuchung der Struktur des § 82 des Entwurfs eines Straf-

des § 50 Abs. 2 implicite logisch bezogen ist, möchte ich unter Vermeidung irgendeiner vorgreiflichen rechtlichen Qualifikation in Anlehnung an Maurach <sup>1)</sup> "Ausgangstatbestand" nennen. Ob auf einen Ausgangstatbestand auch von einem del.s.g. aus zurückgegriffen werden kann, ob also der mit einem del.s.g. in einem gewissen Verwandtschaftsverhältnis stehende "Normaltatbestand" die Rolle des Ausgangstatbestandes in § 50 Abs. 2 erfüllen kann, ist demnach die Frage.

Diese Frage muß verneint werden. Es wird in einem del.s.g. n i c h t im Hinblick auf besonders persönliche Merkmale die Strafe des "Normaltatbestandes" geschärft, gemildert oder ausgeschlossen, sondern es wird durch das del.s.g. eine n e u e Strafe als Rechtsfolge eines n e u e n qualitativ arteigenen Unrechts gesetzt. Das del.s.g. ist - ex definitione - "ganz auf sich selbst gestellt" und rechtlich isoliert <sup>2)</sup>. Die Strafe, die es anordnet, ist - im übrigen beziehungslos - ausschließlich auf das neuartige Unrecht gestützt. Während der Strafraumen einer unselbständigen tatbestandlichen Abwandlung "offen" ist, und insbesondere auf dem Wege über das Grunddelikt ein noch milderer Strafraumen herangezogen werden kann, ist der Strafraumen des del.s.g. "in sich geschlossen", "exklusiv" <sup>3)</sup>. So hat auch der BGH - von seinem Stand-

---

(Fortsetzung von S.91)

gesetzbuches f. Bremen, 1868 ausgeführt wurde. - Theis, SJZ 1946, S.215, spricht von dem "allgemeinen Gesetz", das immer dem Gesetz gegenüberstehen müsse, das die strafändernden Merkmale enthält.

1) In Materialien, S. 254, in Allg. Teil, § 53 III B 2 a, S.562.

2) So Nagler in LK, 6. Aufl., Einleitung, Anhang 3 II 1.

3) Maurach in Materialien, S.254.

punkt aus insoweit folgerichtig - zu der früheren Fassung des § 217 entschieden, § 213 sei im Falle der Kindstötung nicht anwendbar <sup>1)</sup>. Es liegt eben in der Natur des del.s.g., das eine "abschließende Sonderregelung" <sup>2)</sup> eines gewissen Unrechtsbereiches geben will, daß es auch hinsichtlich der Strafe, aber auch sonstiger Nebenfolgen, Rückgriffe auf anderweitige Regelungen nicht duldet. Ebenso ist in der Konkurrenzlehre davon auszugehen, daß "e i n Tatbestand mit s e i n e m Strafraumen" <sup>3)</sup> vorliegt. Wenn aber demnach das del.s.g. eine neue eigene Straffolge anordnet, so kann § 50 Abs.2 keine Anwendung finden. § 50 Abs.2 setzt gerade voraus, daß d i e i m A u s g a n g s t a t b e s t a n d e n t h a l t e n e Strafe, was ihr Maß anlangt, modifiziert wird <sup>4)</sup>. Anders hätte die Formulierung des § 50 Abs.2, der davon spricht, daß die persönlichen Merkmale "die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen" müssen, keinen Sinn <sup>5)</sup>. Nur ein Grundtatbestand im technischen Sinn kann diese Funktion erfüllen. Nur er gibt eine "Grundstrafdrohung" <sup>6)</sup> ab,

---

1) BGH in BGHSt Bd.1, S.235 ff.

2) BGH a.a.O.

3) Maurach, Materialien, S.255. Dort auch näher über die z.T. noch ungeklärten und strittigen Fragen. Überblick bei Richter, Diss., S.38 ff.

4) So führt zutreffend Doerr, Seuff.Bl. Bd.71, S.347 aus, werde die Eigenart des Delikts berührt, so werde "die Strafbarkeit an sich, deren Existenz berührt, nicht bloß erhöht oder vermindert".

5) So auch Redslob, StrAbh., Heft 97, S.10 in anderem Zusammenhang. Wenn in § 50 vorausgesetzt sei, daß das Gesetz mit Rücksicht auf besondere Merkmale die Strafbarkeit erhöhe, so sei hier "offenbar" an eine "Grundstrafdrohung" gedacht, welche unter gewissen Umständen eine Variation erfahre, "aber trotzdem, wenn auch in veränderter Form in Geltung" bleibe - "hingegen nicht an zwei selbständige Strafdrohungen".

6) Nicht i.e.S. von Beling L.v.V., S.264/265 gemeint.

die in unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen modifiziert werden kann. Nur letztere enthalten "geschärfte", gemilderte" Strafen oder schließen "die Strafe" aus <sup>1)</sup>.

Um dem hier etwa begründeten Einwand zu begegnen, es handle sich bei der Fassung des § 50 Abs.2 um eine Sprachnotwendigkeit, deren naturgemäß mangelhafte Präzision derart weittragende Folgerungen verbiete, soll kurz noch untersucht werden, ob eine andere Fassung dieser Vorschrift denkbar wäre, unter die bedenkenlos auch solche persönlichen Merkmale fielen, die in delicta sui generis Aufnahme gefunden haben. - Hier wäre in Anlehnung an den bereits oben zitierten § 82 des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für Bremen, 1868, etwa an folgende Fassung zu denken:

"Auf die Strafbarkeit der Tat Einfluß übende besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, welche nur in der Person eines Täters oder eines Teilnehmers vorhanden sind, sollen bei der Beurteilung der Strafbarkeit der übrigen außer Betracht bleiben".

Aber auch die Vorschrift des § 50 Abs.2 könnte unter Eliminierung der Einschränkung auf "die Strafe" schärfende, mildernde oder ausschließende Merkmale sachlich der etwas unbeholfenen obigen Fassung angepaßt werden. Sie würde lauten:

"Berücksichtigt das Gesetz besondere bei einem Täter oder Teilnehmer vorliegende persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, in dessen Person sie begründet sind".

---

1) Eine gewisse Bestätigung dieser Ansicht kann auch -wie schon vermerkt - in der Entscheidung des BGH im 1.Bd., S.372 gefunden werden.

Ganz losgelöst von bereits gefundenen Regelungen ließe sich schließlich auch sagen:

"Sind mehrere an einer Tat als Täter oder Teilnehmer (oder: Täter, Anstifter oder Gehilfen) beteiligt, so ist jeder entsprechend seinen besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen nach dem für ihn einschlagenden Tatbestand zu bestrafen (oder: nach dem Tatbestand zu bestrafen, der diese berücksichtigt <sup>1)</sup>)".

In allen drei Fällen - es ließen sich gewiß noch mehrere andere und bessere Formulierungen finden - würde der für den Täter und der für den Teilnehmer anzuwendende Strafraum aufgrund einer isolierten Subsumtion der Merkmale ihrer Tat unter die bestehenden Straftatbestände zu ermitteln sein. Um im Falle strafbedingender persönlicher Merkmale eine Straflosigkeit des Teilnehmers zu vermeiden, müßte allerdings die uneingeschränkte Durchbrechung der Akzessorietät für persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse wieder eingeschränkt werden. Das wäre durch einen weiteren Satz etwa so zu erreichen:

"Ist die Tat nur mit Rücksicht auf besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des Täters strafbar, so ist die Strafe des Teilnehmers nach demjenigen Gesetz festzusetzen, das auf den Täter Anwendung findet" (oder, wenn eine allgemeine Vorschrift besteht, die die akzessorische Behandlung der Teilnehmer anordnet: "so bleibt es bei der Regel des § x").

---

1) Daß unter diese Fassung nur solche persönlichen Merkmale fallen, die im Gesetz vertyp sind, geht m.E. deutlich hervor. Kein Täter oder Teilnehmer kann sich - auch hier - der Strafe mit dem Hinweis entziehen, ein Gesetz, das seine höchstpersönlich-konkreten Eigenschaften oder Verhältnisse vertyp, sei nicht vorhanden.

Billigerweise würde die Strafe in diesen Fällen übrigens - wie auch de lege ferenda vorgeschlagen wird <sup>1)</sup> - obligatorisch zu mildern sein.

Der innere Grund für diese aus Gründen der Gerechtigkeit notwendige Einschränkung liegt in folgendem: Während es bei dem auf strafscharfende, strafmildernde und strafausschließende Merkmale beschränkten § 50 Abs. 2 im ü b r i g e n , auch was besondere persönliche Eigenschaften und Verhältnisse anlangt, bei der Regel der §§ 48 Abs.2, 49 Abs.2, 50 Abs.1 verbliebe, würde in allen drei oben vorgeschlagenen Fassungen, sofern nur beim Täter oder Teilnehmer im Gesetz vertyppte besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse vorliegen, jede Abhängigkeit beseitigt. Es müßte - wie schon erwähnt -, um eine Strafflosigkeit des Teilnehmers zu vermeiden, die akzessorische Behandlung für die durch personale Elemente ausgezeichneten Deliktstypen wieder hergestellt werden, wenn ein "Auffangtatbestand" für den Teilnehmer nicht bestände. Das wird mit der weiteren Regelung bezweckt. Da unter d i e s e Einschränkung jedoch nur das "isolierte" del.s.g. fällt, keinesfalls aber auch das auf einem "Normaltatbestand" bezogene - ein "allgemeiner" Tatbestand für die Teilnehmer besteht dann ja - würde in diesem Falle tatsächlich das technische Verhältnis: Grundtatbestand - unselbständige tatbestandliche Abwandlung keine Rolle spielen <sup>2)</sup>. Nur in diesem Fall wäre die Ansicht, eine Auflockerung der Akzessorietät könne nur im Verhältnis "Grunddelikt - qualifiziertes Delikt" eintreten, eine

---

1) § 33 Abs.1 des Entwurfes.

2) Immer isoliert unter dem Blickwinkel des hier erörterten Arguments betrachtet! Daß eine Anwendung des § 50 Abs.2 auf delicta sui generis sich auch aus anderem Grunde verbietet, wurde bereits oben festgestellt.

"willkürliche, sachlich durch nichts veranlaßte Annahme" <sup>1)</sup>. Auch in dem durch ein bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis zu einem anderen Tatbestande ausgezeichneten del.s.g. würden jedenfalls persönliche Merkmale "Einfluß üben", "berücksichtigt sein". Es wäre in allen drei Fällen beispielsweise ohne weiteres möglich - unter der eben gemachten Einschränkung - den Täter nach § 248a StGB, den Teilnehmer aber nach § 242 StGB zu bestrafen.

Damit ist als Ergebnis festzuhalten: Solange das Gesetz von besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen spricht, die "die Strafe" "schärfen, mildern oder ausschließen", kann die Vorschrift des § 50 Abs. 2 auf delicta sui generis nicht angewandt werden. Es ist so ein zweites, weiteres Argument für das Ergebnis gefunden, zu dem bereits die Untersuchung eines anderen Tatbestandsmerkmals des § 50 Abs. 2 führte.

5. Argumente aus dem mit Schaffung eines delictum sui generis verfolgten Zweck.

- a) Mit einem delictum sui generis soll ein neuer einheitlicher Tattypus geschaffen werden.

Daß die Vorschrift des § 50 Abs. 2 ihrer Struktur nach Tatbestände erfordert, die in einem gewissen "Plus-Minus"-Verhältnis stehen und dementsprechend ein "Fort- oder Hinzudenken einzelner Tatbestandsmerkmale" <sup>2)</sup> gestatten, wurde bereits ausgeführt. Ebenso wurde dort bereits begründet, daß jedenfalls nicht eine gegenüber dem "Normaltatbestande" veränderte Wortfassung der Annahme eines del.s.g.

---

1) Wie Claß, NJW 1949, S.84 behauptet.

2) Ausdruck von Maurach in Materialien, S. 254.

entgegenstehen würde, wenn eine Konkretisierung auf die im "Normaltatbestande" enthaltenen Tatbestandsmerkmale nach allgemeinen Denkgesetzen möglich ist. Diesem Verfahren gegenüber erheben sich aber bei einem del.s.g. noch aus anderem Grunde Bedenken.

Zur Aufstellung eines del.s.g. wird sich der Gesetzgeber nur in bestimmten Sonderfällen entschließen. In aller Regel wird durch die Aufstellung neuer Tatbestände nur bereits vertyptes Unrecht zum Zwecke einer besseren "Stufung der Strafbarkeit" <sup>1)</sup> entsprechend den bestimmten typisch auftretenden Gradstufen der "Unwertstärke" <sup>2)</sup> modifiziert. In bestimmten Sonderfällen wird der Gesetzgeber jedoch ein von ihm als arteigen empfundenes Unrecht einer Sonderregelung unterwerfen wollen. Anlaß dazu kann die Fortentwicklung der technischen und sozialen Lebensbedingungen sein und die sich ergebende Notwendigkeit ein als unwert empfundenes, aber mit den bestehenden Gesetzen nur noch schwer zu treffendes Verhalten unter Strafe zu stellen. So hat die Fortentwicklung der Technik die Vorschrift des § 265a bestimmend beeinflusst, da infolge der neuen technischen Gegebenheiten durch die (verwandte) Strafvorschrift des § 263 ein als strafwürdig bewertetes typisches Unrecht nicht erfaßt werden konnte. Andererseits wird sich der Gesetzgeber auch dann zur Sonderregelung eines bestimmten Unrechtsbereichs entschließen, wenn ein als unwert empfundenes Verhalten zwar mit Hilfe der bestehenden Gesetze erfaßt, hier aber nur getrennt in einzelne Handlungsteile subsumiert werden könnte. Wird allgemein aber die Verbindung der mehreren Elemente als geschlossene Einheit angesehen und gerade darin der besondere typi-

---

1) Nagler, ZAkDR, S.366

2) Nagler a.a.O.

sche Unrechtsgehalt erblickt, so wird es auch hier notwendig, dem arteigenen Charakter des Unwertverhaltens Rechnung tragend, dieses als einheitliches Delikt zu vertypen und der Strafsanktion zu unterwerfen. Als Beispiel wären wiederum der Raub - heute ganz herrschend ein del.s.g. - oder - umstrittener, aber auch herrschend - der räuberische Diebstahl zu nennen <sup>1)</sup>.

In jedem Falle, in dem sich der Gesetzgeber zur Aufstellung eines del.s.g. entschließt, wird er also einen bestimmten einheitlichen T a t t y p u s schaffen wollen. Das als typisch unwert empfundene Verhalten wird als geschlossene Einheit bewertet, mit einer Straffolge versehen, und soll auch als geschlossene Einheit ins Rechtsleben treten. Das eigenständige Verbrechen ist "nach dem Willen der Rechtsquelle" ein "neuer Verbrechensbegriff" <sup>2)</sup>. Diese "Neuschöpfung" ist mehr als die Summe ihrer Teile <sup>3)</sup>. Auch wenn - wie schon in anderem Zusammenhang ausgeführt wurde - Elemente aus anderen Tatbeständen in einem del.s.g. Aufnahme gefunden haben, so treten diese Aufbauelemente doch völlig hinter das Ganze zurück. Sie sind "in dem Schmelztiegel der Eigenständigkeit um- und eingeschmolzen und haben damit ihre selbständige Rechtsexistenz einge-

---

1) Zum Raub vgl. oben S.11 in Fußnote 3. Beim räuberischen Diebstahl hat den arteigenen Unrechtsgehalt, der in der Kopplung der Wegnahme und der Gewaltanwendung liegt, wieder der BGH in seiner Entsch.v. 26.Juni 1952, BGHSt Bd.3, S.76 ff. (S.78) hervorgekehrt, wenn er ausführt, derjenige, der - isoliert betrachtet - nach einem Mundraub betroffenen Gewalt anwendet, falle erst recht unter § 252, da eine Gewaltanwendung zum Schutze geringwertiger Gegenstände umso verwerflicher erscheine.

2) Nagler, ZAkDR 1940, S.365

3) Nagler a.a.O.

büßt" <sup>1)</sup>. Auch "besondere persönliche Eigenschaften und Verhältnisse" <sup>2)</sup>, die im Tatbestand eines del. s.g. vertyppt sind, können nicht mehr isoliert betrachtet werden. Ein "willkürlich abtrennbares Schichtungsverhältnis" wie bei den unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen, besteht nicht <sup>3)</sup>.

Damit steht aber der Anwendbarkeit des § 50 Abs.2 auf delicta sui generis ein weiteres Hindernis entgegen. Wie schon ausgeführt, setzt die Anwendung des § 50 Abs.2 voraus, daß die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse von dem Tatbestande, der sie enthält, "abstrahiert", abgezogen werden können. Aus dem Gefüge eines del.s.g. lassen sich jedoch einzelne Stockwerke nicht abtragen, ohne - wenn dies Bild erlaubt ist - dem Willen des Baumeisters, der das dem Gebäude als Ganzes zu einem bestimmten Zwecke konstruiert hatte, Gewalt anzutun. Handelt es sich dagegen um eine durch besondere persönliche Merkmale ausgezeichnete unselbständige tatbestandliche Abwandlung, so ist auf einen zunächst ausschließlich um seiner selbst willen konstruierten "Unterbau" ein weiteres Stockwerk aufgesetzt, dessen Entfernung von der Zweckbestimmung her gesehen keinen unbeseelten Torso, sondern ein lebensfähiges, auf eigenen Füßen stehendes "eigenständiges" Gebilde zurückläßt. Der nach Abzug der persönlichen Merkmale zurückbleibende anderwärts vertyppte Grundtatbestand ist selbst wieder ein del.s.g. <sup>4)</sup>. Er bleibt als Einheit erhalten.

---

1) Wie dies Nagler, ZAkDR 1942, S.197 sehr plastisch formuliert. Ebenso Maurach in Materialien, S.251.

2) Darüber, daß diese dann als persönlich-strafmodifizierend i.S. des § 50 Abs.2 nicht mehr bezeichnet werden können, vgl. oben S.87.

3) Maurach in Materialien, S.251.

4) Das ist bereits oben S.14 f. ausgeführt. Der Grundtatbestand ist del.s.g. Umgekehrt kann auch jedes del.s.g. "Grundtatbestand" werden, dann nämlich, wenn nunmehr auf seiner Grundlage wiederum weitere unselbständige tatbestandl. Abwandlungen aufbauen.

Im Falle des del.s.g., das persönliche Merkmale enthält, würde dagegen bei einer "Subtraktion" derselben in die Deliktssubstanz eingegriffen. Die Einheit würde zerstört. Gleich können aber nur Grundtatbestand und das (wenn auch mit einem "Normaltatbestand" verwandte) del.s.g. behandelt werden. Beide sind eigenständige Delikte im eingangs umrissenen Sinn. Würde man auf die unselbständige tatbestandliche Abwandlung und das del.s.g. gleichermaßen § 50 Abs.2 anwenden, so würde man demnach Ungleiches gleich behandeln und damit gegen einen fundamentalen Grundsatz verstoßen, der auf allen Gebieten des Rechts gilt.

Ich fasse zusammen: Mit der Schaffung eines del.s.g. will der Gesetzgeber einen bestimmten Tattypus als in sich geschlossene Einheit behandelt wissen. Der Grund dafür ist, daß er einen als arteigen empfundenen Unrechtsbereich einer Sonderregelung unterziehen wollte. Diese Zweckbestimmung verbietet ein "Hinwegdenken" der persönlichen Merkmale, wie § 50 Abs.2 das erfordert. Das del.s.g. ist die Einheit, u n t e r die eine "Subtraktion" nicht führen darf. Daher kann wohl "bis auf den Grundtatbestand" "abgezogen" werden, der ja selbst wiederum ein del.s.g. darstellt, nicht aber können von einem del.s.g. noch weitere Elemente eliminiert werden. Ein Gebilde, das nach dem ihm innewohnenden Zweck noch eine selbständige Funktion haben könnte - so hier den Strafraumen der Teilnehmer zu bestimmen -, bliebe in diesem Falle nicht übrig. Ebenso ergibt ein Grundtatbestand zuzüglich bestimmter personaler Elemente nicht wiederum ein del.s.g., solange nicht dahinter der von diesem Zwecke der Sonderregelung eines arteigenen Unrechtsbereiches gelenkte gesetzgeberische Wille steht. Ein "Hinzu- und Hinwegdenken" ist damit im Verhältnis: del.s.g. - "Normal-

tatbestand" ausgeschlossen <sup>1)</sup>. § 50 Abs.2 kann auch aus diesem Grunde auf delicta sui generis keine Anwendung finden.

- b) Durch ein delictum sui generis soll ein bestimmter Unrechtsbereich einer abschließenden Sonderregelung unterzogen werden.

Zweck bei Schaffung eines del.s.g. ist schließlich auch, damit eine "abschließende Sonderregelung" eines bestimmten Unrechtsbereichs zu geben <sup>2)</sup>. Das Gesetz zieht einen "scharfen Trennungsstrich" und gibt die Beziehung zu verwandten Deliktsarten auf <sup>3)</sup>. Für den als arteigen erkannten und vertypen Unrechtsbereich sollen ausschließlich eigene Regeln gelten, der Rückgriff auf die für anderes arteigenes Unrecht gegebenen Regeln soll, um eine als eigentümlich empfundene Lage sachgemäß ausschöpfen zu können, gerade ausgeschlossen sein. Das hat Folgen für die Einordnung nach § 1 StGB, die Versuchsstrafbarkeit, das Erfordernis des Strafantrags u.a.m. <sup>4)</sup>. Das del.s.g. ist neuer Bezugspunkt für alle in diesem Unrechtsbereich auftauchenden Fragen. So können die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu groben Ungerechtigkeiten führen, wenn vergessen wird, das del.s.g. in einer dieser einzelnen Beziehungen durch eine entsprechende Spezialregelung der Regelung anzupassen, die ein "verwandtes"

---

1) So auch Maurach in Materialien, S.254 und Allg.Teil, § 53 III B 2 a, S.562, der dieses vielorts angewendete Verfahren als "dogmatisch nicht einwandfrei und konstruktiv nicht befriedigend" nennt.

2) Wie der BGH das im Falle des § 217, den er als del.s.g. ansieht, - von hier aus konsequent - ausführt, vgl. BGHSt Bd.1, S.238.

3) Nagler, ZAKDR 1940, S.366.

4) Überblick bei Maurach in Materialien, S.253 ff.

Delikt - auf das der Rückgriff ausgeschlossen ist - enthält, und die Billigkeit wegen materieller Ähnlichkeiten eine Gleichbehandlung erfordert. Erst das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz schloß mit Abs. 3 zu § 265a eine Gesetzeslücke, die allerdings schon vorher im Wege einer zugunsten der Beteiligten zulässigen Rechtsanalogie überbrückt worden war. <sup>1)</sup>

Der Ausschließlichkeitsanspruch, der die Sonderregelung eines bestimmten Unrechtsbereichs durch ein del.s.g. begleitet, verhilft diesem erst zu eigenem Leben. Das del.s.g. zieht in Übereinstimmung mit den Absichten des Gesetzgebers die Entscheidung aller in seinem Bereich auftretenden Fragen - auch wenn diese bislang von anderer Seite entschieden wurden - an sich. Es ist - um sich auch hier eines Bildes zu bedienen - dem del.s.g. als einem "neuen Staate" nach dem Willen derer, die ihn schufen, das Recht und damit zugleich die Pflicht zur Regelung aller ihn betreffenden Angelegenheiten übertragen <sup>2)</sup>. Jede "Bevormundung" soll aufhören. - Was die hier zu entscheidende Frage anlangt, so steht, wenn man dies berücksichtigt, die Anwendung des § 50 Abs. 2 mit dem mit Schaffung eines del.s.g. verfolgten Zweck in einem weiteren Widerspruch. Der Zweck einer ausschließenden und abschließenden Sonderregelung eines bestimmten Unrechtsbereichs umfaßt, was die personale Seite anlangt, als potentielle Rechtsbrecher die Rechtsfiguren des Täters, wie auch des Teilnehmers. Für die Teilnahme kommen dabei naturgemäß die Regeln zur Anwendung, die der Allgemeine Teil des StGB anordnet. Dabei muß nach allgemeinen

---

1) Vgl. dazu die S. 23 in Fußnote 1 Zitierten.

2) Sauer AllgStrRL, S. 77, verwendet das Bild der Kolonie, die sich vom Mutterland selbständig gemacht hat und sich nunmehr ihre eigenen Gesetze gibt.

Denkgesetzen zunächst einmal der Grundsatz angewandt werden. Dieser ist in den §§ 48 Abs.2, 49 Abs.2 und 50 Abs.1 niedergelegt: Die primäre, für alle Teilnehmer an einem del.s.g. geltende Regel muß - bei Berücksichtigung des auf eine abschließende Neuregelung bedachten Gesetzeszwecks - demnach der Grundsatz der (limitierten) Akzessorietät, der Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat sein. Bei Hinzutreten weiterer Umstände, nämlich durch personale Elemente abgewandelter Modifikationen des Kernbereichs der Grundregelung, soll dann aufgrund des § 50 Abs.2 eine Auflockerung dieser Abhängigkeit auftreten. Damit kann aber die Auflockerung nur für wiederum auf einem del.s.g. aufbauende Tatbestände gelten. Dem Mehr an Regelinhalt muß ein Mehr an zu regelnder Materie gegenüberstehen.

Ich fasse zusammen. Dem Zweck der mit ihm verfolgten abschließenden Neuregelung nach ist das del.s.g. letzter und einziger Bezugspunkt für alle in seinem Bereich zu regelnden Fragen. Damit kommen alle Grundsätze des Allgemeinen Teils des StGB auf das del.s.g. zur Anwendung. Sehen diese Ausnahmen vor, und erfordern diese Ausnahmen ein Plus an rechtlicher Materie, so muß dieses zu dem del.s.g. hinzutreten. Die Anwendung des Grundsatzes betrifft die gleiche Ebene, auf der das del.s.g. steht. Damit wird aber § 50 Abs.2 für *delicta sui generis* insoweit unanwendbar - und nur in diesem Sinne war die Themafrage ja gestellt - als nicht mit Hilfe des § 50 Abs.2 bei persönlich differenzierter Mehrbeteiligung eine individualisierende Behandlung der Deliktsteilnehmer unter die Grenze der Deliktseinheit des del.s.g. zu erreichen ist. Das del.s.g. tritt gerade an die Stelle des Ausgangstatbestandes in § 50 Abs.2. Damit ist ein letztes Argument gegen die Anwendbarkeit des § 50

Abs.2 auf delicta sui generis aus dem Zweck der Regelung gewonnen.

## II. Kapitel

### Kritik der Gegenstimmen

#### 1. Allgemeines

Als vorläufiges Ergebnis der bisherigen Erörterung der Streitfrage kann sonach festgestellt werden, daß § 50 Abs.2 auf delicta sui generis unanwendbar ist. Dieses Ergebnis soll nunmehr noch der Gegenprobe unterzogen werden. Es soll untersucht werden, was in den oben ausführlich zur Sprache gekommenen Gegenstimmen an Gegenargumenten enthalten ist. Sollte hieraus Beachtliches gegen das hier gefundene Ergebnis nicht zu entnehmen sein, so kann dieses als endgültig erhärtet angesehen werden.

Dabei ist zunächst allgemein festzustellen, daß sich die Gegenstimmen mit den hier gegebenen verschiedenen Begründungen nicht befassen. Das hat seinen rein äußeren Grund darin, daß das Problem ausführlicher bislang nur von Vertretern der Ansicht dargestellt wurde, § 50 Abs.2 sei auf delicta sui generis unanwendbar <sup>1)</sup>. Die Verfechter der gegenteiligen Ansicht haben dazu bisher immer nur sehr kurz in Anmerkungen zu § 50 oder am Rande von Erörterungen aus dem Besonderen Teil des Strafrechts Stellung genommen. Soweit sie überhaupt keine Begründungen geben, können sie an dieser Stelle unerörtert bleiben.

Der verschiedentlich zu findende Hinweis auf die

---

1) So insbes. von Maurach in Materialien, S.254 und Allg.Teil, § 53 III B 2 a, S. 562.

E v i d e n z der eigenen Ansicht oder - was gleichbedeutend ist - auf die "willkürlichen" Distinktionen der Gegenansicht <sup>1)</sup> läuft auf eine "Umkehrung der Argumentationslast" hinaus. Mag die Frage dahingestellt bleiben, ob auch prima facie nicht mehr für das hier gefundene Ergebnis spricht, jedenfalls ist dieses Ergebnis begründet worden. Auf ein "Argument des ersten Anscheins" kann sich demgegenüber keine Ansicht berufen.

## 2. Die Entscheidung "der Sache nach" und das Argument des Formalismus.

### a) Was dem in Wahrheit zugrunde liegt.

Sieht man die Gegenstimmen daraufhin durch, so kehrt mit großer Häufigkeit das eine Argument wieder: Der Unterscheidung, ob ein del.s.g. oder eine unselbstständige tatbestandliche Abwandlung vorliege, könne im Hinblick auf § 50 Abs.2 nur "systematisch-formelle" Bedeutung zukommen; entscheidend sei allein das "materielle" Verhältnis <sup>2)</sup> des in Frage stehenden Delikts zum "Normaltatbestand". Ob eine Abwandlung oder ein del.s.g. vorliege, sei im wesentlichen eine "technische Kontroverse" <sup>3)</sup>. Die Entscheidung, ob § 50 Abs.2 anwendbar sei, könne nicht von der "mehr oder minder zufälligen technischen Ausgestaltung der Tatbestände" <sup>4)</sup> abhängen, sondern maßgeblich hierfür könne nur sein, wie "im Einzelfall das del.s.g. vom Grundtatbestand abgeschichtet worden ist" <sup>5)</sup>. Jede andere Ansicht müsse sich den Vorwurf, einem reinen

---

1) Vgl. Claß, NJW 1949, S.84

2) So schon Redslob, StrAbh. Heft 97, S.54 Fußnote 1

3) Claß a.a.O.

4) v.Weber, MDR 1952, S.265

5) Lange, JR 1949, S.169

Formalismus anzuhängen, zuziehen und lasse den Sachzusammenhang völlig außer Acht <sup>1)</sup>.

Diese Argumentation begegnet durchgreifenden Bedenken. Soweit damit eine Kritik am Begriff des del.s.g. selbst verbunden ist, wurde dazu bereits oben <sup>2)</sup> Stellung genommen. Soweit "zumindest" die Anwendung des § 50 Abs.2 von der "Konstruktionsfrage": del.s.g. oder unselbständige tatbestandliche Abwandlung unabhängig sein soll, ist hierzu zu sagen: Wie im Einzelfall ein Tatbestand von dem anderen abgeschichtet worden ist, ob insbesondere nur eine quantitative Veränderung des Unrechtsgehalts vorliegt oder aber zwei qualitativ verschiedene Unrechtsbereiche voneinander abgegrenzt wurden, ist gerade eine Feststellung, die die Beantwortung der Frage ermöglicht, ob überhaupt ein del.s.g. vorliegt. Das wird übersehen. Über den Begriff des del.s.g. herrscht keine Klarheit. Teils wird das Vorliegen eines del.s.g. unbewiesen angenommen, teils wird dies im Grund dahingestellt gelassen und versucht, etwa begründete Zweifel mit dem Hinweis auszuräumen, auch wenn ein del.s.g. vorliege, würde dies an der Entscheidung nichts ändern. Um unbilligen Ergebnissen auszuweichen, wird in unzulässiger Verallgemeinerung die Frage, ob ein del.s.g. oder eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung vorliegt, pauschal als "technische Kontroverse" abgetan und unter dem Stichwort, das materielle Verhältnis entscheide, die Frage der Anwendbarkeit des § 50 Abs.2 innerhalb einer bestimmten Deliktsgruppe - worum es in erster Linie geht - im Ergebnis meist sachgerecht gelöst. Die Stellungnahme zur Themafrage entspricht mithin in vielen Fällen einer Zwangslage, die ihre Wurzel darin hat, daß eine Vorfrage falsch entschieden wird oder der Entschei-

---

1) Claß a.a.O.

2) Vgl.oben S.21 ff.

dung dieser Vorfrage ausgewichen wird. Die Frage, ob bei dem von ihnen angenommenen materiellen Verhältnis überhaupt noch die einzelnen Tatbestände unter den Begriff des del.s.g. subsumiert werden können, wird von den meisten Autoren nicht sachgemäß gelöst oder übergangen. So kämpfen gerade die erbittertsten Gegner der hier begründeten Ansicht im Grunde an der falschen Front <sup>1)</sup>.

b) Belege dafür.

Das kann durch Beispiele überreich belegt werden. So führt Claß <sup>2)</sup> zur Begründung seiner Ansicht, es sei eine "willkürliche, sachlich durch nichts veranlaßte Annahme", unter dem Ausgangstatbestande in § 50 Abs.2 nur den Grundtatbestand im technischen Sinn verstehen zu wollen, aus, beide, § 211 und § 212, hätten in ihrem "Wesenskern", der vorsätzlichen Tötung, die "übereinstimmende Grundlage". Das Kriterium der Unterscheidung bestehe nur darin, "die Verschiedenheit der Strafbewertung gesetzlich festzulegen". Damit würde aber gerade eine "Stufung der Strafbarkeit" entsprechend der "Unwertstärke" <sup>3)</sup>, also eine unselbständige tatbestandliche Abwandlung vorliegen! Falsch ist nicht die aus der Natur des del.s.g. gezogene Folgerung, sondern die Prämisse, die §§ 211 und 212 seien delicta sui generis. Deutlich zeigt sich dies auch bei Dahm <sup>4)</sup>.

---

1) Sauber trennt dagegen - dies verdient hervorgehoben zu werden - v.d.Lühe, Diss., S.42, die Fragen. Es sei erstens der Mord eine Qualifizierung des Totschlags und nicht, wie Doerr annehme, seien §§ 211 und 212 artverschiedene Delikte. Zweitens aber würde, selbst wenn § 211 ein del.s.g. wäre, dies für die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 gleichgültig sein. Eine nähere Begründung gibt er allerdings nicht.

2) a.a.O.

3) Nagler, ZAKDR 1940, S.366

4) NJW 1949, S.811

Auch dort wird für eine im Grunde richtige Sache unter falscher Überschrift plädiert. Er möchte für die Frage, ob § 50 Abs.2 auf *delicta sui generis* Anwendung finden könne, "den maßgeblichen Gesichtspunkt dem Unrechtsgehalt der Straftat entnehmen". Es komme darauf an, ob die in Betracht kommenden Tatbestände "nach ihrem rechtlichen und ethischen Unrechtsgehalt auf einen gemeinsamen Generalnenner zurückgeführt werden können". So hätten die §§ 217 und 211 in der vorsätzlichen Tötung eines Menschen "einen gemeinsamen Unrechtsgehalt". "Nicht verschiedene Verbrechen, sondern verschiedene Verbrecher" ständen in Frage. Demgegenüber sei bedeutungslos, daß § 217 einen "selbständigen Tatbestand" enthalte. Dahm stellt hier sogar den nach unserer Untersuchung <sup>1)</sup> wesentlichen Gesichtspunkt der qualitativen Veränderung des Unrechtsgehalts für die Anwendbarkeit des § 50 Abs.2 in den Vordergrund. Hier kann daher nur noch eine verfehlte Terminologie bemängelt werden. - Ähnlich führt Lange aus <sup>2)</sup>, der "Unrechtstyp der vorsätzlichen Tötung", den § 212 erschöpfend umreisse, werde in den §§ 211, 217 u.a. nicht verändert. "Vorsätzliche Tötung bleibt vorsätzliche Tötung". Die "Heraushebung" (!) des § 211 <sup>3)</sup> aus der vorsätzlichen Tötung, "gleichviel, ob man den Mord als *del.s.g.* auffaßt oder nicht" (!), fordere eine Anwendung des § 50 Abs. 2 <sup>4)</sup>. An anderem Ort ist Lange

---

1) Vgl. oben in Teil I

2) JR 1949, S. 171

3) Vgl. sogar im Wortlaut anklingend Naglers "Herausgehobenes Verbrechen", u.a. ZAkDR 1940, S.383

4) JR 1949, S.169. - Diese Stellungnahme Langes erscheint umso erstaunlicher, als er an anderer Stelle, vgl. in Kohlrausch-Lange, System.Vorbem. II C, S.9, später klar die Voraussetzungen, unter denen ein *del.s.g.* angenommen werden kann, dahingehend umschreibt, daß der Unrechtstyp qualitativ, nicht nur quantitativ verändert werden müsse. Die Annahme eines *del.s.g.* verbietet sich demnach nach Langes eigenen Ausführungen zum materiellen Verhältnis der §§ 211 und 212.

ohnehin - wie schon ausgeführt - der Ansicht, es sei "folgewidrig", auf ein "Sonderverbrechen" § 50 Abs. 2 anzuwenden <sup>1)</sup>. Allerdings kann es sich dabei, wie gesagt, noch um eine von Kohlrausch übernommene und nicht überarbeitete Stelle handeln. - Auch v. Weber <sup>2)</sup> stellt bei seiner Entscheidung, für die Anwendbarkeit des § 50 Abs. 2 spiele das Vorliegen eines "eigenständigen Delikts" keine Rolle, auf die "sachliche Abhängigkeit" der beiden in Frage stehenden Tatbestände der §§ 211 und 212 ab. Beide Tatbestände seien zwar "in einem formalen Sinne selbständig" - die verfehlte Terminologie wird klar! - materiell aber erfaßten sie vorsätzlichen Tötungen. Was Schröder <sup>3)</sup> an anderer Stelle <sup>4)</sup> zum Problem der Teilnahme an den Tötungsdelikten ausführt, kann sogar unmittelbar als Beleg für die oben begründete Ansicht, § 50 Abs. 2 sei auf delicta sui generis u n a n w e n d b a r , angesehen werden. Mord und Totschlag seien nicht, wie der BGH <sup>5)</sup> annehme, "Delikte mit arteigenem Unrechtsgehalt und begrifflicher Selbständigkeit", sondern "verschiedene Stufen der gleichen Unrechtsart". Wenn der BGH für die Teilnahme ausschließlich Akzessorietätsregeln anwende, so sei das "konsequent", wenn man seine Voraussetzung teile und in den §§ 211/212 "verschiedene Unrechtsarten" sehe. Die "qualitative Verschiedenheit" schließe jede Abhängigkeit der Tatbestände aus. Hier sei die Differenzierung jedoch "eine rein quantitative". Letztlich vertritt Mezger die Ansicht <sup>6)</sup>, es entscheide für die Anwendbarkeit des § 50

---

1) In Kohlrausch-Lange, § 217 Anm. 1

2) MDR 1952, S. 265

3) Vgl. dazu oben S. 42 ff.

4) NJW 1952, S. 649

5) BGHSt Bd. 1, S. 369 ff.

6) LK § 50 Anm. 10 und an den weiteren, oben S. 41 angegebenen Stellen.

Abs. 2 nicht die Frage, ob ein del.s.g. gebildet sei, sondern wie es gebildet sei, wie also das Verhältnis der Tatbestände im einzelnen Falle ausgestaltet sei <sup>1)</sup>. Auch hier dürften die Unterschiede zu der oben begründeten Auffassung - wie Heinitz <sup>2)</sup> richtig bemerkt - rein terminologischer Art sein. Da eine nähere Begründung von Mezger jedoch nicht gegeben wird, läßt sich allerdings nicht mit Sicherheit feststellen, unter welchen Voraussetzungen Mezger eine "völlig neue Straftat" annehmen will. Daß dies eine Auslegungsfrage sei, kann viel bedeuten.

c) Zusammenfassung und Ergebnis.

Zusammenfassend ist sonach festzustellen: Soweit das Argument der "Sachzusammenhang" oder das "materielle Verhältnis" entscheide, ins Treffen geführt wird, wird verkannt, daß damit gerade wieder die Subsumtion der betreffenden Tatbestände unter den Begriff des del.s.g. in Frage gestellt wird. Das Argument enthält damit einen unauflösbaren inneren Widerspruch. Sachlich bestätigt es in den meisten Fällen sogar die hier gefundenen Ergebnisse, daß nämlich die Frage, ob ein del.s.g. vorliege, maßgebend am Unrechtsgehalt des betreffenden Tatbestandes sich entscheide, und daß dann, wenn eine Abschichtung der Tatbestände keine artmäßige Veränderung des Unrechtsgehalts sondern eine lediglich wertmäßige bedinge, ein del.s.g. nicht vorliege und dementsprechend § 50 Abs. 2 auch nicht Anwendung finden könne. Im Grund herrscht also über den Begriff des del.s.g. keine Klarheit. Nur so ist es auch zu erklären, daß sich zu einzelnen Tatbestandsgruppen

---

1) Das insbes. unter Berücksichtigung der in LK, Einleitung, Anhang 3 II 3 zum Begriff des del.s.g. gemachten Ausführungen.

2) Festschr., S.112 in Fußnote 72

so widersprüchliche Stellungnahmen finden lassen, wie etwa bei Frank, der keine Bedenken trägt, auf § 217 § 50 Abs. 2 anzuwenden <sup>1)</sup> und hierbei auf die grundsätzliche Stellungnahme zur Themafrage in § 50 verweist <sup>2)</sup>, andererseits aber im Falle des § 248a angesichts der "Selbständigkeit der Entwendung" eine akzessorische Behandlung der Teilnahme eintreten lassen will <sup>3)</sup>. Es werden hier offenbar ungleiche Sachverhalte mit gleichen Worten bezeichnet.

### III. Kapitel

#### Ergebnis, Ausblick de lege ferenda.

##### 1. Ergebnis.

Als Ergebnis ist sonach festzustellen: Wortlaut und Zweck der Vorschrift des § 50 Abs. 2 sowie auch der mit Schaffung eines del.s.g. verfolgte Zweck ergeben jeweils in doppelter Hinsicht, daß diese, soweit die (akzessorische) Teilnahme i.e.S. betreffend, auf delicta sui generis keine Anwendung finden kann. Damit ist die Themafrage in ihrem wesentlichen Teil beantwortet. Zu untersuchen bleibt noch übrig, ob und wenn, in welchem Umfang, die Themafrage für die Mittäterschaft von Belang ist. Das wird anschließend geschehen. Zuvor soll noch ein Ausblick de lege ferenda getan werden.

---

1) Trotzdem er § 217 als ein "durchaus selbständiges Delikt" - StGB, § 217 Anm. VI - ansieht, § 217 Anm. III.

2) Vgl. dazu StGB, § 50 Anm. II 2

3) StGB, § 248a Anm. 1 - Ähnliche Widersprüche in Olshausen, 10. Aufl., § 217 Anm. 1 und 6 sowie § 50 Anm. 8 gegenüber § 248a Anm. 8; ebenso in der 11. Aufl.; hier aber wohl nur unüberarbeitet von Olshausen übernommen und allenfalls durch die Verschiedenheit der Bearbeiter zu entschuldigen.

## 2. Ausblick de lege ferenda.

### § 33 des Entwurfes bestimmt:

"Liegen besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) nicht vor, so ist dessen Strafe nach § 65 Abs.1 zu mildern".

### Abs.2 lautet:

"Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen".

Auszugehen ist im Rahmen der Themafrage von § 33 Abs.2; dieser entspricht dem § 50 Abs.2. Auch diese Vorschrift beschränkt die akzessorietätsauflockernde Wirkung auf persönliche Merkmale, die "die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen". Sie weist damit die gleiche Struktur wie de lege lata § 50 Abs.2 auf und erfordert wie dieser das Vorhandensein eines Ausgangstatbestandes, dessen Strafe geändert wird <sup>1)</sup>. Das unglückselige Gegensatzpaar: dauernd- vorübergehend, das den Blick auf die naheliegende Unterscheidung: persönlich - tatgebunden verstellt hatte, ist endgültig aus der Vorschrift verbannt. Es hatte seinen Anhalt in den persönlichen "Eigenschaften oder Verhältnissen" gefunden, die durch den umfassenderen Ausdruck der persönlichen "Merkmale" ersetzt worden sind. Damit ist das vorübergehend verdunkelte Erfordernis der persönlichen Natur des Merkmals im Gegensatz zu den tatcharakterisierenden Tatumständen erneut in der Norm verankert und darf erhöhte Geltung beanspruchen. Nur dann, wenn ausschließlich oder zumindest entscheidend wegen persönlicher

---

1) Vgl. oben S. 91 f.

Merkmale eine Strafdrohung modifiziert wurde, kann die Vorschrift Anwendung finden. Damit muß auch für § 33 Abs. 2 des Entwurfes die Entscheidung im gleichen Sinn ausfallen. Er ist auf *delicta sui generis* nicht anwendbar.

Wenn A b s . 1 jetzt die strafbegründenden persönlichen Merkmale einer eigenen Regelung unterzieht, so wird damit zunächst insoweit Neues geboten, als dieser Begriff nunmehr im Gesetz selbst verankert ist. Damit kann auch geprüft werden, inwieweit in einem del.s.g. sämtliche Tatbestandsmerkmale strafbegründend sind. Daß sie es sind, wäre hier allenfalls noch eine unbewiesene Behauptung. Die Begründung wird dabei von den gleichen Gesichtspunkten ausgehen müssen, wie um darzutun, daß Abs.2 unanwendbar ist, nämlich insbesondere davon, daß durch das del.s.g. eine n e u e Strafe als Rechtsfolge neuen arteigenen Unrechts gesetzt wird <sup>1)</sup>. Da es sich um konträre und nicht um kontradiktorische Gegensätze handelt, erspart streng logisch allerdings die Prüfung der Unanwendbarkeit des Abs.2 noch nicht die Prüfung der Anwendbarkeit des Abs.1.

Gerade letzteres wird in Zukunft von größerer Wichtigkeit sein, da durch Abs.1 eine obligatorische Strafmilderung vorgeschrieben ist, die dann auch den Teilnehmern an einem del.s.g. zugute kommen wird. Damit wäre - auch für die "Normalfälle" strafbegründender persönlicher Merkmale <sup>2)</sup> - ein *de lege lata* in vielen Fällen sehr unbefriedigender Rechtszustand beseitigt, der verschiedentlich bereits zu Kritik Anlaß gab. Es bleibt abzuwarten, ob sich im Hinblick darauf nicht die Mehrzahl bereit finden wird, auch die unschten Beamtendelikte als *delicta sui generis* einzustufen, was

---

1) Vgl. oben S.87 ff.

2) Für "isolierte" *delicta sui generis*, wie die echten Beamtendelikte.

im Hinblick auf die doppelte Schutzrichtung dieser Tatbestände sehr nahe liegt <sup>1)</sup>. Die de lege lata äußerst unbefriedigenden Folgen sind wohl der eigentliche Grund, daß bisher gegenüber der ganz h.A. Bedenken nur sehr vereinzelt angemeldet wurden <sup>2)</sup>.

Wie im Falle des § 50 Abs. 2 StGB geben auch hier die Materialien keinen Aufschluß. Weder die Begründung zum Entwurf <sup>3)</sup> noch die Niederschriften <sup>4)</sup> lassen erkennen, daß die Frage der Anwendbarkeit des § 33 auf delicta sui generis geprüft wurde. Die Lösung im dargestellten Sinn ergibt sich aufgrund der neuen Fassung jedoch ebenso einwandfrei, wie auf Grund der alten. Daß das Ergebnis sachgerecht ist, kann angesichts des Charakters eines del.s.g. als eines abschließend geregelten Tattypus und des als Grundsatz für die Teilnahme an fremder Tat geltenden Akzessorietätsprinzips nicht zweifelhaft sein <sup>5)</sup>. Eine Änderung der Fassung ist daher nicht vorzuschlagen. Dagegen muß dem Gesetzgeber - wie schon gesagt - mit Eindringlichkeit nahegelegt werden, in der Formulierung der neuen Tatbestände ihrer Einordnung als delicta sui generis oder

- 
- 1) Dazu Maurach in Materialien, S.252. Über die Art des neben dem Rechtsgut des "Normaltatbestandes" in Mitleidenschaft gezogenen Rechtsguts der Beamtendelikte können noch Meinungsverschiedenheiten bestehen. Daß ein weiteres Rechtsgut verletzt wird, kann heute bereits als h.L. bezeichnet werden. Überblick bei Maurach, Bes.Teil, § 81 II A 2, S.612/613; Heil, Diss., S.61 mit weiteren Nachweisen.
  - 2) So bezeichnet Maurach in Materialien a.a.O. es als "mindestens fraglich", ob die unechten Beamtendelikte noch als unselbständige tatbestandl. Abwandlungen angesehen werden können. Für delicta sui generis: Heil, Diss., S.58 ff.; Nachweise zum Meinungsstand bei Eichhorn, Diss., S.46/47.
  - 3) Begründung S.40 f.
  - 4) Maßgebend die 16.Sitzung v.3.Febr.1955
  - 5) Vgl. oben S.97 ff.

unselbständige tatbestandliche Abwandlungen die nötige sichere Grundlage zu geben.

### III. T e i l

#### IST § 50 ABS. IM RAHMEN DER THEMAFRAGE AUCH FÜR DIE MITTÄTERSCHAFT VON BEDEUTUNG

##### 1. Zur Fragestellung.

Die Themafrage, ob § 50 Abs.2 auf delicta sui generis anwendbar sei, wurde oben auf die (akzessorische) Teilnahme i.e.S. eingeschränkt. Das Ergebnis der Untersuchung war, daß § 50 Abs.2, soweit die Teilnahme i.e.S. betreffend, auf delicta sui generis unanwendbar ist. Die Beschränkung erfolgte aus guten Gründen. § 50 Abs.2 bestimmt, daß besondere strafändernde persönliche Merkmale nur für den "Täter oder Teilnehmer" gelten, bei dem sie vorliegen. Daraus ist vielfach abgeleitet worden, daß § 50 Abs.2 auch für die M i t t ä t e r - s c h a f t maßgebend sei, also auch eine Regelung für die Teilnahme i.w.S. biete. Bevor jedoch die Frage untersucht werden kann, inwieweit § 50 Abs.2 auf delicta sui generis Anwendung finden kann, soweit etwa die Mittäterschaft betreffend, ist die Frage zu klären, ob der Annahme der Mittäterschaft rechtliche Bedenken nicht dann entgegenstehen, wenn bei isolierter Betrachtung für jeden Mittäter ein verschiedener Tatbestand in Betracht kommt, insbesondere dann, wenn dieser Tatbestand vom Gesetzgeber als del.s.g. ausgestaltet ist. Bejaht man die Frage und hält Mittäterschaft dann ausgeschlossen, wenn nicht zumindest derselbe Grundtatbestand für alle Mittäter einschlägt, so scheidet die Mittäterschaft aus der Themafrage bereits an diesem Punkte aus. Verneint man die Frage und hält

Mittäterschaft grundsätzlich auch dann für möglich, wenn für die einzelnen Mittäter nach Art und Prägung verschiedene Straftatbestände einschlagen, so erhebt sich die weitere Frage, ob nicht das mit Hilfe des § 50 Abs.2 zu erzielende Ergebnis, einer hinsichtlich persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse individualisierenden Behandlung der einzelnen Mittäter, bereits auf Grund allgemeiner Regeln eintritt. In diesem Falle wäre § 50 Abs.2 für die Mittäterschaft bedeutungslos und diese würde wiederum aus der Themafrage ausscheiden. Erst wenn auch die zweite Frage beantwortet ist - und zwar hier verneinend - könnte letztlich demnach untersucht werden, ob sich bei den oben für die Teilnahme i.e.S. durchgeführten Untersuchungen im Falle der Mittäterschaft abweichende Gesichtspunkte ergeben. - Im folgenden wird daher zunächst untersucht werden, ob Mittäterschaft bei delicta sui generis überhaupt möglich ist und daraufhin, ob zu einer persönlich differenzierenden Behandlung der einzelnen Mittäter in diesem Falle ein Rückgriff auf die Vorschrift des § 50 Abs.2 vonnöten ist. Dabei können die Fragen nur in einer der Themafrage angepaßten Begrenzung und daher bei weitem nicht erschöpfend behandelt werden. Das muß Einzeldarstellungen überlassen bleiben.

2. Ist Mittäterschaft möglich, wenn das Handeln mehrerer Mittäter verschiedene Strafgesetze verletzt, die als delicta sui generis anzusehen sind?

Die Bedeutung der Frage wird an folgendem Beispiel ersichtlich: A und B nehmen gemeinschaftlich geringwertige fremde Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs weg. A zum alsbaldigen Verbrauch, B um sie zu verschenken. Hält man Mittäterschaft wegen der Eigenstän-

digkeit des § 370 Abs.1 Ziff.5 <sup>1)</sup> für ausgeschlossen <sup>2)</sup>, so sind zwei Fälle zu unterscheiden: Soweit A und B in ihrer Person jeweils sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllen, sind sie schon allein deshalb Täter. Da zwei selbständige Taten vorliegen, wären sie unter den Voraussetzungen des dann wohl regelmäßig gegebenen § 49 auch wegen Beihilfe je zur Tat des anderen strafbar. Ein äußerst umständliches und lebensfremdes Ergebnis. Vollends aber muß die Nichtanwendung des § 47 in Schwierigkeiten führen, wenn nur einer der beiden gemeinschaftlich Handelnden einen Tatbestand voll verwirklicht hat, der andere zwar als **M i t t ä t e r** bestraft werden könnte, sein Tatbeitrag jedoch nicht ausreicht, um bei isolierter Betrachtung seine eigene (Allein-) Täterschaft zu begründen. In einem solchen Falle bliebe nur die angesichts des täterschaftlichen Charakters seiner Beteiligung unbefriedigende Notlösung, den Beteiligten, der den "defekten" Tatbeitrag <sup>3)</sup> leistet, als Teilnehmer zu der von dem anderen begangenen Straftat zu bestrafen. <sup>4)</sup> Schließlich ließe sich auch der Fall denken, daß keiner von zwei arbeitsteilig vorgehenden Beteiligten in seiner Person den vollen Tatbestand des nach seinen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen einschlagenden (eigenständigen) Delikts erfüllt. Hier bliebe bei Nichtanwendung des § 47 letztlich nur übrig, wegen Versuchs zu strafen! - Es fragt sich, ob diese Ergebnisse notwendig sind, und ob A und B nicht in jedem Falle als Mittäter bestraft

---

1) Dieser Ansicht Maurach, Bes.Teil, § 26 VI, S.202; a.A. RGSt Bd.59, S.65 ff. (S.69), LK-Werner, § 370 Anm. V 2 mit weiteren Nachweisen.

2) Damit sind nicht die Fälle zu verwechseln, in denen wegen des Erfordernisses einer besonderen Täterqualität Mittäterschaft ausgeschlossen ist.

3) Ausdruck von Maurach, Allg.Teil, § 49 I B, S.507

4) So in diesem Fall Friedländer, ZStW Bd.11, S.405

werden können, wobei dann für A als individuell einschlagender Tatbestand § 370 Abs.1 Ziff.5 und für B § 242 zum Zuge käme.

Auszugehen ist von § 47. Danach soll dann, wenn mehrere eine strafbare Handlung "gemeinschaftlich ausführen", jeder als Täter bestraft werden. Der Akzent ist auch in dieser Frage auf das Erfordernis gemeinschaftlicher Ausführung zu legen <sup>1)</sup>. Darunter ist nach h.A. das bewußte und gewollte Zusammenwirken zur Erreichung eines bestimmten Erfolges zu verstehen. Die Frage kann damit dahin gestellt werden, ob sich der Willenskonnex der mehreren Mitwirkenden auf die Erzielung eines zumindest grundtatbestandlich einheitlich vertypsten Erfolgs beziehen muß, oder ob - ganz anders - die Erreichung des gleichen tatsächlichen strafrechtlich relevanten Erfolgs ausreicht, dessen Subsumtion unter die speziell für die einzelnen Beteiligten einschlagenden Tatbestände anhand der bei den Beteiligten vorliegenden besonderen Voraussetzungen, unabhängig von der Qualifizierung der Tat bei den übrigen, erfolgen kann; letztlich, wenn weder das eine noch das andere richtig sein sollte, wo die Grenze liegt.

Hierbei wird zu bedenken sein: Die Mittäterschaft ist ein aus dem Leben geschöpfter und dem Leben selbstverständlicher Begriff. Das kriminelle Zusammenwirken mehrerer bezieht sich denn auch immer auf gewisse natürliche Handlungsabläufe, wie die Wegnahme einer fremden Sache, die Gewaltanwendung zu bestimmten Zweck, die

---

1) Vgl. Maurach a.a.O. Dagegen leitet Friedländer a.a.O. ein Argument für seine Ansicht, § 47 könne im Verhältnis von § 370 Abs.1 Ziff.5 und § 242 keine Anwendung finden, daraus her, daß das Gesetz von "e i n e" strafbare Handlung spricht. Diese Begründung geht fehl. Es handelt sich insoweit bei der Textierung um eine offensichtliche Sprachnotwendigkeit, aus der Anhaltspunkte für die Auslegung nicht gewonnen werden können.

Tötung etc. Die Subsumtion der Taten im einzelnen erscheint demgegenüber eher als eine Frage juristischer Technik. Den wesentlichsten Hinweis gibt jedoch das Gesetz selbst ab, indem es auf die gemeinschaftliche **A u s f ü h r u n g** abstellt. In § 47 heisst es nicht: "Haben mehrere zur Erfüllung eines Strafgesetzes beigetragen", wodurch schon durch die "retrospektive" Formulierung das Erfordernis einer bereits erfolgten Subsumtion nahegelegt sein würde, sondern es wird der Akt selbst, die **g e m e i n s c h a f t l i c h e H a n d - l u n g**, nicht der eine Tatbestand, unter den sie allenfalls subsumiert werden könnte, als das verbindende Element und die eigentliche Voraussetzung der "Zurechnungswirkung" des § 47 gekennzeichnet <sup>1)</sup>.

So hat seit je in den Fällen des sog. Exzesses die ganz h.A. allein darauf abgestellt, wie weit die Ausführungshandlung von dem gemeinschaftlichen Plan umfasst ist. Der überschüssende Teil wird der gemeinsamen Handlung nur zu Lasten dessen, auf dessen Konto er geht, zugeschlagen und die "Summe" unter den dafür einschlagenden Tatbestand subsumiert, ohne Rücksicht darauf, nach welchem Strafgesetz der andere Mittäter zu bestrafen ist. So ist es zweifelfrei, daß ein Mittäter nach § 243, der andere aber nur nach § 242 strafbar sein kann. Damit besteht aber ein in der Natur der Sache begründeter Unterschied nicht zu den Fällen, in denen der Hinzutritt anderweitiger Umstände die Anwendung eines verschiedenartigen Strafgesetzes für einen Mittäter erfordert <sup>2)</sup>. Ist im Falle des Exzesses eine isolierte Subsumtion je nach dem Insgesamt an strafrechtlich relevanter Materie möglich, so muß dies

---

1) a.A. ausdrücklich Beling L.v.V., S.408, Mittäterschaft setze voraus, daß "hinsichtlich eines identischen Tatbestandes" Ausführungshandlungen vorgenommen werden.

2) So richtig RGSt Bd.12, S.8 ff. (S.10/11)

in anderen Fällen ebenso möglich sein <sup>1)</sup>. Ebenso hat sich die Rechtsprechung nicht gescheut - schon im Hinblick darauf, daß § 50 früher die Mittäter ausdrücklich nannte - Mittäterschaft bei den Tatbeständen der §§ 217 und 211/212 anzunehmen <sup>2)</sup>. Damit ist es aber eine durch nichts begründete Annahme, Mittäterschaft solle dort ausgeschlossen sein, wo nicht das Verhältnis: Grundtatbestand - unselbständige tatbestandliche Abwandlung zwischen den Tatbeständen herrscht, die für die einzelnen Mittäter, je nach den bei ihnen vorliegenden besonderen Voraussetzungen, einschlagen, sondern es sich um ein del.s.g. handelt <sup>3)</sup>.

Nach alledem kann wesentlich für die Anwendung des § 47 nur sein, daß die für die einzelnen Mittäter letztlich

- 
- 1) So etwa für die uneigentlichen Beamtendelikte schon immer die ganz h.A. Handeln ein Extraneus und ein Beamter in Mittäterschaft, so wird des Extraneus nach dem Grundtatbestand, der Beamte nach dem Beamtendelikt bestraft.
  - 2) So RGSt Bd.72, S.373: "Daß die Beschwerdeführerin gegebenenfalls aus dem § 211 oder dem § 212 StGB, ihre Tochter aber nur aus dem § 217 StGB strafbar ist, schliesst Mittäterschaft noch nicht aus". Dabei betrachtete das RG wohlgermerkt § 217 als del.s.g. Andererseits sollte wiederum nach der Entscheidung des RG in Bd.72, S.402 Mittäterschaft nur möglich sein, wenn sich das einverständliche Wollen auf "denselben Tatbestand" bezieht, womit wohl zumindest ein Grundtatbestand gemeint sein dürfte. Dementsprechend sollte, "obwohl es sich" in § 218 Abs.1 u. Abs.2 a.F. "um denselben Erfolg handelt", angesichts der Selbständigkeit dieser Tatbestände § 47 unanwendbar sein.
  - 3) So trennt in einer gerade die vorliegende Untersuchung treffenden Gegenüberstellung Olshausen, 10. Aufl., § 248a Anm.8: Wegen der Selbständigkeit des Vergehens müsse die Behandlung der Teilnahme akzessorisch erfolgen - dazu schon oben. Dagegen könne Mittäterschaft in der Form möglich sein, daß ein Mittäter aus § 248a, der andere aus § 242 zu bestrafen sei. Näher, aber wiederum auf Verschiedenheiten des subj. Tatbestandes einschränkend, § 47 Anm. 14a.

einschlagenden Tatbestände in ihrer B e g e h u n g s -  
w e i s e durchaus gleichartig sind <sup>1)</sup>, daß sie sich  
insoweit auf einen gemeinsamen "Nenner" bringen lassen,  
der vom Wissen und Wollen der Mittäter umfasst ist.  
Dafür kann der Unrechtsgehalt der Tatbestände keine  
Rolle spielen <sup>2)</sup>. Ausschlaggebend ist nur, daß sie sich,  
was die ihnen zugrunde liegende Handlung anlangt,  
wenigstens teilweise decken. Dies kann im Verhältnis  
von § 242 zu § 370 Abs.1 Ziff.5 ebenso angenommen wer-  
den, wie im Verhältnis zu § 248a <sup>3)</sup>.

- 
- 1) So richtig Mezger, DR 1940, S.497 in Anmerkung zu der  
dort abgedruckten Entscheidung des RG (= RGSt Bd.74,  
S.21), die unter Berufung auf die in Fußnote 2 auf S.121  
eben zitierte Entscheidung im 72.Bd., S.402 ausführt,  
die Unabhängigkeit des § 218 Abs.1 und 2 a.F. gehe  
"soweit", daß die Vorschriften über die Mittäter-  
schaft unanwendbar seien.
- 2) Vgl. Mezger in DR a.a.O.
- 3) Dieses Ergebnis dürfte im wesentlichen der heute h.L.  
entsprechen. Daß der Willenskonnex die Tat nicht in  
"eng tatbestandsmässiger Formulierung" zu erfassen  
braucht, Maurach, Allg.Teil, § 49 III 4, S.519; es sei  
darauf abzustellen, daß sich die Beteiligten über den  
wesentlichen Unrechtsgehalt einig sind. Was die §§ 242,  
248a u. 370 Abs.1 Ziff.5 anlangt, dort zum gleichen  
Ergebnis kommend, Allg.Teil, § 49 I B 3 b, S.509. -  
Mezger in LK § 47 Anm. 3 will, auch wo einzel-  
ne Akte sich in der äusseren Form entsprechen, bei  
"völliger Verschiedenheit der Taten" Mittäterschaft  
ausschliessen; Schönke-Schröder, § 47 Anm. V 1 will,  
sich auf Mezger in DR a.a.O. beziehend, Mittäter-  
schaft ausschliessen, sofern es sich nicht um "Modi-  
fikationen des gleichen Grundtyps" handelt. Ebenso  
wie Mezger hält Frank jedoch Mittäterschaft zwischen  
§ 242 und § 370 Abs.1 Ziff.5, welch letzteren er als  
del.s.g. ansieht, für möglich, da dieser nur eine  
"Unterart" des Diebstahls sei, StGB § 47 Anm. III. -  
Der BGH hat in seiner Entscheidung v. 14.Okt.1954,  
BGHSt Bd.6, S.329 ff.(S.330) - vgl.später noch BGH  
Entsch.v.27.Jan.1956, BGHSt Bd.9, S. 180 ff.(S.184) -  
zwar ausgeführt, von Mittäterschaft könne nur bei  
"Verwirklichung desselben Grundtatbestandes" gespro-  
chen werden, die Frage aber wieder anschliessend dahin-  
gestellt sein lassen. Ob damit der Grundtatbestand i.  
techn.Sinn gemeint ist, kann zudem zweifelhaft sein, da  
der BGH Mittäterschaft an anderem Ort auch in Fällen für  
(Fortsetzung nächste Seite)

Zusammenfassend ist danach festzustellen, daß der Annahme der Mittäterschaft auch dann keine Bedenken entgegenstehen, wenn das Handeln mehrerer Mittäter verschiedene Strafgesetze verletzt, die als delicta sui generis anzusehen sind, unter der einen Voraussetzung, daß diese Straftatbestände einen übereinstimmenden Handlungskern aufweisen, der vom Wissen und Wollen der Mittäter im natürlichen Sinne umfaßt werden kann. Da dieser Voraussetzung in allen Fällen, in denen die Frage der Anwendbarkeit des § 50 Abs.2 auf delicta sui generis entsteht, wegen des dann vorhandenen "Normaltatbestandes" entsprochen ist, kann demnach in der Untersuchung fortgeschritten werden.

### 3. Trifft § 50 Abs.2 auch eine Regelung für die Mittäterschaft ?

Die alte Fassung des § 50 Abs.2, das heißt also des § 50 RStGB in der Form, in der er bis zur Änderung durch die VO vom 29.5.1943 (RGBl I S.339) in Geltung war, enthielt eigens einen Hinweis auf die Mittäterschaft. Er lautete:

"Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer ( M i t t ä t e r , Anstifter, Gehilfen) zuzurechnen, bei welchen sie vorliegen" 1).

---

(Fortsetzung von S.122)

möglich hält, in denen er einen bestimmten "Grundtatbestand" nicht bezeichnet, vgl. Entsch. v. 10. April 1951, BGHSt Bd.1, S.139 ff., zu § 218 StGB. Schließlich kann als sicher angenommen werden, daß der BGH Mittäterschaft im Falle der §§ 217 u. 211/212 - ebenso wie das RG, vgl. oben - nicht ausschließen will, obwohl er § 217 als del.s.g. ansieht. - Grundsätzlich a.A. offenbar LK-Schäfer, § 216 Anm. V 1 unter Hinweis auf BGHSt Bd.6 a.a.O. - Überblick über die - kasuistische - Rspr. des RG bei Mezger in LK a.a.O.

Die Aufnahme der Mittäterschaft in die Vorschrift des § 50 a.F. gab zu damaliger Zeit bereits zu Kritik Anlaß. Man hielt die Regelung weitgehend für insoweit überflüssig. Cohn bezeichnete die Fassung sogar als "irreführend" <sup>1)</sup>. Die Neufassung beseitigte die dem Begriff des Teilnehmers in Klammern beigefügte gesetzliche Erläuterung und damit auch den ausdrücklichen Hinweis auf die Mittäterschaft. Die Vorschrift wird jedoch auch heute noch verschiedentlich auf die Mittäterschaft für anwendbar gehalten. Der BGH hat - soweit das zu übersehen ist - in zwei Urteilen <sup>2)</sup> den Begriff des Teilnehmers in § 50 Abs. 2 in dem durch die alte Fassung nahegelegten Sinn verstanden und begreift darunter auch den Mittäter. Mezger führt zur Akzessorietät der Teilnahme aus, "auch beim Teilnehmer i.w.S. (Mittäter)" spielten "ähnliche Gedanken eine Rolle" <sup>3)</sup> und zu § 50, die Rechtsprechung zeige, daß "im übrigen auch abgesehen von den Fällen des § 50 II gegen die einzelnen Mittäter verschiedene Strafgesetze zur Anwendung gelangen können" <sup>4)</sup>. Auch er ist offensichtlich der Ansicht, daß unter die Teilnehmer des § 50 Abs. 2 auch die Mittäter fallen, also die Teilnahme i.w.S. dort geregelt ist.

Daß § 50 Abs. 2 die Mittäterschaft nicht betrifft, sollte eigentlich klar sein. § 50 Abs. 2 stellt eine Auflockerung der Akzessorietät der Teilnahme dar. Akzes-

---

1) Cohn in GS Bd. 87, S. 363/364.

2) Entsch. v. 10. April 1951, BGHSt Bd. 1, S. 139 ff. (S. 142), Entsch. v. 6. Okt. 1955, BGHSt Bd. 8, S. 205 ff. (S. 207/208).

3) Mezger in LK, Vorbem. 7 vor §§ 47 ff. (S. 246).

4) Mezger in LK § 50 Anm. 14; vgl. auch Anm. 1, dort zur akzessorischen Natur der Teilnahme ausführend: "Auf den Mittäter findet nach § 47 die Strafe des Täters unmittelbar Anwendung. Dieser Grundsatz wird nur in § 50 Abs. 2 ... eingeschränkt". Weiter auch H. Mayer, Allg. Teil, S. 340.

sorisch ist aber die Mittäterschaft nie <sup>1)</sup>. Eine irgendwie geartete Abhängigkeit besteht bei der Mittäterschaft nicht. Mittäterschaft ist eigene selbständige Täterschaft; und zwar ist, wie das Gesetz sagt, "jeder Mittäter Täter. Nicht ein "Haupttäter" und ein "Mittäter" sind an der Tat beteiligt, sondern mehrere Mitäter <sup>2)</sup>. "Abhängig" kann die Mittäterschaft allenfalls insoweit angesehen werden, als demjenigen Mittäter, der einen "defekten" Tatbeitrag leistet, kraft des alle verbindenden gemeinschaftlichen Planes der Tatbeitrag der übrigen zugerechnet wird. Das ist aber nicht die Akzessorietät der Teilnahme i.e.S. Treffend führt bereits die Begründung zum Vorentwurf <sup>3)</sup> zur Wurzel des Übels aus: Die Nebeneinanderstellung von Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe in dem Abschnitt über die Teilnahme in Verbindung mit der Vorstellung, daß jeder Teilnahme nach der Absicht des Gesetzes akzessorischer Charakter zukomme, habe dazu geführt, "trotz der betonten wesentlichen Unterschiede" auch der Mittäterschaft diesen Charakter "in ziemlich unbestimmter Weise zuzuschreiben". Eine gar nicht vorhandene Akzessorietät aufzulockern ist sinnlos. Es kann daher in § 50 Abs. 2 eine Regelung für die Mittäterschaft nicht getroffen sein.

Es ergibt auch ferner der Wortlaut des § 50 Abs. 2 heute keine Anhaltspunkte mehr, daß unter dem "Teilnehmer" auch der Mittäter getroffen sein sollte. Lediglich die Überschrift des Abschnitts und die zweifellos verfehlt

---

1) So ausdrücklich Binding Abh. I, S. 347, Berner Lb, S. 161, Liszt Lb, bereits 3. Aufl., § 50 I, S. 212, 25. Aufl., § 50 III 3, S. 323, Redslob StrAbh. Heft 97, S. 7 und heute - mehr selbstverständlich - die ganz h.L. Vgl. für viele etwa Schönke-Schröder, Vorbem. I zu §§ 47 ff.: "Unstreitig" sei es, daß die Mittäterschaft "keine (abhängige) Teilnahme, sondern echte Täterschaft" sei. Dagegen aber früher Birkmeyer VDA AT, Bd. 2, S. 55 mit Hinweis auf die Abschnittsüberschrift. Weitere Nachweise bei Berner a.a.O. in Anm. 1.

2) Berner a.a.O.

3) Vorbem. z. 7. Abschnitt (Teilnahme), S. 210.

Stellung im Gesetz <sup>1)</sup> könnte zu dieser Annahme veranlassen. Demgegenüber wiegt aber schwerer, daß der Gesetzgeber jedenfalls bei Neufassung des § 50 darauf verzichtete, in Abs.2 eine Legaldefinition der Teilnahme aufzunehmen, wie sie noch § 50 a.F. enthalten hatte und die Auslegung der Wissenschaft anvertraute, die seit je den wesensmässigen Unterschied zwischen Mittäterschaft und Teilnahme i.e.S. überwiegend betont hatte. Die Systematik des Dritten Abschnitts war als verfehlt erachtet worden <sup>2)</sup>. Auch kann angenommen werden, daß der Gesetzgeber 1943 das vorliegende umfangreiche Material de lege ferenda, berücksichtigte. Bereits der Entwurf 1925 nannte in der entsprechenden Regelung des § 28 Abs. 2 ausdrücklich nur noch Anstifter und Gehilfen. Die Begründung führte dazu aus <sup>3)</sup>: Der Mittäter sei Täter und nicht Teilnehmer und könne daher - das geht aus dem Zusammenhang hervor - nicht unter diese Vorschrift fallen. Dem folgte der Entwurf 1927 in § 32 Abs.2. Dieser Entwurf enthielt auch wieder eine dem heutigen § 47 entsprechende Regel. Letztlich ist auch auf § 33 des neuen Entwurfes hinzuweisen, der nunmehr eine Legaldefinition der Teilnehmer (= Anstifter und Gehilfe) und der "Beteiligten" (= Täter und Teilnehmer) enthält, eine begriffliche Einordnung, die die Wissenschaft überwiegend schon immer befürwortet hatte.

Eine Regelung der Mittäterschaft in § 50 Abs.2 wäre - worauf vielfach hingewiesen wurde <sup>4)</sup> - schliesslich auch überflüssig. Wenn § 47 bestimmt, daß jeder Mittäter

---

1) Vgl. dazu oben S.80 in Fußnote 1. - Abs.1 gilt nach h.M. auch für die Mittäterschaft, Maurach, Allg.Teil, § 49 I B 4, S.509. Ebenso deutlich § 34 des Entwurfs, der die Regelung des § 50 Abs.1 nunmehr in einer eigenen Vorschrift bringt.

2) Vgl. für viele Maurach, Allg.Teil, § 49 I A 1, S.506

3) Begründung S. 25

4) Vgl. weiter unten.

"als Täter" bestraft wird, so bedeutet dies zunächst, daß das Manko an selbständiger Tatbestandsverwirklichung bei arbeitsteiligem Vorgehen dem einzelnen nicht zugute gehalten wird, daß der einzelne Mittäter kraft der alle verbindenden gemeinschaftlichen Ausführung so angesehen wird, als habe er nicht einen "defekten", sondern den vollen Tatbeitrag geleistet <sup>1)</sup>. Darüber hinaus wird, wenn das Gesetz davon spricht, jeder Mittäter solle "als Täter" bestraft werden, eine einheitliche Behandlung sämtlicher Mittäter gerade nicht vorgeschrieben sondern es kann "jeder" nach dem dann für ihn speziell einschlagenden Tatbestand bestraft werden <sup>2)</sup>. Damit ergibt sich die Grundlage einer individualisierenden Behandlung der Mittäter bei persönlich differenzierter Mehrbeteiligung bereits zwanglos aus § 47 selbst.

So hat bereits das RG im 12. Band <sup>3)</sup> zu der damaligen Fassung des § 50 in dem oben schon erwähnten Fall einer Mittäterschaft zwischen Dieb und "Mundräuber" ohne Rückgriff auf § 50 eine persönlich differenzierte Haftung nach dem speziell einschlagenden Tatbestand

---

1) Diese Frage hat mit dem grundsätzlichen Dogmenstreit um den extensiven und restriktiven Täterbegriff nichts zu tun. Auch für den extensiven Täterbegriff, der als Täter i.w.S. jeden ansieht, der den tatbestandsmäßigen Erfolg irgendwie mitverursacht hat (also auch den Anstifter und Gehilfen) bleibt die Frage offen, ob Täterschaft i.e.S. des § 47 vorliegt. Im Falle der "Arbeitsteilung" bedarf es daher, obwohl auch der einen "defekten" Tatbeitrag Leistende sicher "Täter i.w.S." ist, doch um seine "Täterschaft i.e.S." zu begründen, der Zurechnungswirkung des § 47, um den es hier geht. - Vgl. besonders deutlich Schönke-Schröder, Vorbem. V vor § 47. Näher zu den Fragen Maurach, Allg. Teil, § 47 II u. III, S. 486 ff.

2) Vgl. Doerr, Seuff. Bl. Bd. 71, S. 342 in Fußnote 1

3) RGSt Bd. 12, S. 8 ff.

eintreten lassen <sup>1)</sup>. Berner <sup>2)</sup> führt zur alten Fassung aus, für die Mittäterschaft hätte es einer Regelung in § 50 nicht bedurft. Die gemeinschaftlich ausgeführte Tat sei "rein vermöge des Begriffes der Täterschaft" - das angenommen - für den einen Totschlag, für den anderen Kindstötung. Zum früheren Rechtszustand seien noch hervorgehoben Cohn <sup>3)</sup>, der die Erwähnung der Mittäterschaft - wie schon gesagt - als "geradezu irreführend" bezeichnet, Redslob <sup>4)</sup>, der richtig feststellt, daß § 50 für die Mittäterschaft nur ein Ergebnis bestätige, das schon aus "allgemeinen Grundsätzen" folge, also insoweit "materiell bedeutungslos" sei. Schwartz <sup>5)</sup> bezeichnet die Terminologie des Gesetzes schlicht als "fehlerhaft". Für überflüssig hielten die Regelung der Mittäterschaft in § 50 ferner v.Liszt <sup>6)</sup>, Doerr <sup>7)</sup>, Dahm <sup>8)</sup> und Büll <sup>9)</sup>.

- 
- 1) Unter Rückgriff auf § 50 allerdings die meisten Entscheidungen zur alten Fassung bis zuletzt, vgl. etwa RGSt Bd.72, S.373 ff. (S.375). Hin und wieder treffen sich auch sehr unbestimmt gehaltene Ausführungen an, wie in RGSt Bd.42, S.6 ff. (S.8): "Auch abgesehen von den durch § 50 StGB's geregelten Fällen können gegen Mittäter verschiedene Strafgesetze zur Anwendung gelangen", woraus wohl geschlossen werden kann, daß § 50 für eine Differenzierung jedenfalls nicht als notwendig angesehen wurde. - Ebenso wörtlich Mezger in LK § 50 Anm. 14 unter Bezugnahme auf diese Entscheidung.
  - 2) Berner Lb, S.161
  - 3) GS Bd.87, S.363/364: "Hat der Bruder in Gemeinschaft mit seiner Schwester deren uneheliches Kind in oder nach der Geburt getötet, so ist die Vorschrift, daß er so behandelt werden soll, als wäre er nicht die Mutter des unehelichen Kindes geradezu sinnwidrig".
  - 4) StrAbh. Heft 97, S.74
  - 5) Strafgesetzbuch, § 50 Anm. 1
  - 6) Lb § 50 III 3, S.323
  - 7) Seuff.Bl. Bd.71, S.342 in Fußnote 1; vgl. auch S.347 in Fußnote 30
  - 8) StrAbh. Heft 224, S.131
  - 9) Diss., S.37

Zum heutigen Rechtszustand führt Maurach zu den un-  
rechten Amtsverbrechen aus, des "Umweges" über § 50  
Abs.2 bedürfe es für die Mittäterschaft nicht, woraus  
wohl zu entnehmen ist, daß § 50 Abs.2 insoweit jeden-  
falls materiell für bedeutungslos erachtet wird <sup>1)</sup>.  
Ebenso beziehen Kohlrausch-Lange und Schönke-Schröder  
§ 50 Abs.2 nur auf die Teilnahme i.e.S. <sup>2)</sup>.

- 
- 1) Bes.Teil, § 81 IV A 1 a.S.617. - Dagegen scheinen  
allerdings im Allg.Teil verschiedene Stellen zu  
sprechen. Es sei, so führt Maurach dort aus, vgl.  
§ 49 IV 1, S.520, nicht nur mit Hilfe des § 50, der  
"nach h.M. für die Teilnahme i.w.S., also auch für  
die Mittäterschaft gelte, nach der Schuldseite hin  
zu individualisieren, sondern auch die einschlagen-  
de Strafdrohung "für jeden Mittäter u.U. selbständig  
zu ermitteln". So könne von mehreren in Mittäter-  
schaft Stehlenden der eine nach § 248 a bestraft  
werden, ohne daß das gleiche Privileg auch dem  
anderen zu statuten kommen brauche. -

Zu § 50 wird - § 53 III B 2 a aa, S.562 - ausgeführt,  
seien die genannten Strafschärfungsgründe nur beim  
Täter vorhanden, so belasteten sie nur diesen. "Auch  
bei Mittäterschaft (§ 47:keine Teilnahme aber Beteili-  
gung) kommt eine solche Differenzierung in Betracht,  
RG 77 268". - Die angeführte RG-Entscheidung - wohl RG  
77 286 ff.(S.288) - führt aus, die "Rechtsgrund-  
sätze über die Mittäterschaft" würden nicht gebieten,  
"daß alle an der Tat Beteiligten auf Grund desselben  
Strafgesetzes verurteilt werden müssen". Einer per-  
sönlichen Differenzierung stünde nichts im Wege  
(Mord u. Totschlag). Unklar bleibt, ob die Ent-  
scheidung - richtig! - allgemeine Rechtsgrundsätze -  
wohl eher - über die Mittäterschaft meint, oder den  
inzwischen neugefassten § 50 Abs.2, der mit keiner  
Silbe erwähnt wird. Mehr scheint mir für das erstere  
zu sprechen. In diesem Sinne wohl auch Maurach.

- 2) Wie Kohlrausch-Lange, Vorbem. II 1 vor § 47 und  
Schönke-Schröder, Vorbem. I, II und VII zu §§ 47 ff.  
und § 50 Anm. I ergeben. - Hinzuweisen ist hier  
auch auf den Kurzkomm. von Schwarz, Vorbem. 1 B vor  
§ 47, der unter Teilnahme in § 50 Abs.2 nur die Teil-  
nahme i.e.S. verstehen will und den Gegensatz zur Ab-  
schnittsüberschrift deutlich herausstellt.

#### 4. Zusammenfassung und Ergebnis.

Als Ergebnis ist sonach festzustellen. Notwendig ist nach heute wohl einhelliger Meinung § 50 Abs.2 für eine persönliche Differenzierung der Haftung bei der Mittäterschaft keinesfalls. Richtiger Ansicht nach ist jedoch § 50 Abs.2 auf die Mittäterschaft überhaupt nicht anwendbar. Die von Hause aus überflüssige Regelung wurde durch die Neufassung 1943 beseitigt. Damit scheidet aber die Mittäterschaft endgültig aus der Themafrage aus. Die durchgeführte Untersuchung bleibt von Bedeutung nur für die (akzessorische) Teilnahme i.e.S.

## L e b e n s l a u f

=====

Als Sohn des Kaufmanns Dr.jur.Egon Oesterheld und seiner Ehefrau Trude, geb. Pfohl, wurde ich am 19.8.1935 in München geboren. Hier und in Auffach/Tirol besuchte ich die Volksschule und trat im Jahre 1946 in das Theresiengymnasium, München, ein, das ich mit der Reifeprüfung im Jahre 1953 wieder verließ.

Im Wintersemester 1953/54 immatrikulierte ich mich an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München und legte am 15.Januar 1958 die erste juristische Staatsprüfung 1957 II mit der Prüfungsgesamtnote "gut" ab. Seit dem 1. Februar 1958 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Bayern am Oberlandesgericht München.





